Die Rechtsstellung und der Schutz der Jagdpächter in Eigenjagdbezirken gegenüber Störungen von Seiten der Grundstückspächter

(insbesondere nach dem preußischen Jagdrecht)

Dissertation

zur Erlangung

der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Fritz Pecho

Bernsdorf O.-L.

1932

Druck Anton Schreiber, Breslau

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Schmidt-Rimpler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meines Vaters

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543117_0032

Disposition

A) Gang der Untersuchung und seine Begründung 1
B) I. Das Jagdrecht und der Jagdpachtvertrag 2
1. Inhalt und rechtliche Natur des Jagdrechts.
a) Der Inhalt des Jagdrechts 2
b) Die rechtliche Natur des Jagdrechts 2
aa) Persönlichkeits- oder Gestaltungsrecht? 3
bb) Persönliches Aneignungsrecht? 3
cc) Privilegiertes Okkupationsrecht? 4
dd) Ein Recht eigener Art auf Aneignung? 5
ee) Quasi-dingliches Recht? 5
ff) Kritik und eigene Entscheidung 6
2. Das Jagdrecht.
a) Ist es Eigentumsinhalt? 9
b) Es ist ein selbständiges Recht und zwar Bestandteil des Grundstücks 11
3. Der Jagdpachtvertrag.
a) Seine Zulässigkeit 13
b) Ist er Pachtvertrag im Sinne des BGB oder Vertrag allgemeiner Art? 13
c) Was ist Gegenstand des Jagdpachtvertrages?
aa) Ist es das Grundstück? 14
bb) Ist es das Jagdrecht? 14
cc) Ist es der Jagdbetrieb? 17
dd) Gegenstand ist das Jagdrecht 20
II. Welche Unterlassungsansprüche können sich für den Jagdpächter ergeben? 20
1. Die Unterlassungsklage aus § 1004 BGB 20
2. Die Unterlassungsklage aus § 862 BGB 24
3. Die Unterlassungsklage als Schutz absoluter Rechte . . 29
a) Die Gewähr des Fruchtgenusses beim gewöhnlichen Pachtvertrage als Verfügungsgeschäft 31
b) Hat der Jagdpächter ein absolutes Recht? 33
c) Hat der Jagdpächter ein ausschließliches und absolutes Aneignungsrecht? 35
d) Hat der Jagdpächter die Jagdbefugnis als teils absolutes, teils relatives Recht? 35
e) Die Übertragung des Jagdrechts zur Ausübung . . 38
f) Eigene Stellungnahme und Entscheidung 40

4. Der Unterlassungsanspruch aus Rechtsbesitz 45
a) Wesen des Rechtsbesitzes 45
b) Der Rechtsbesitz im geltenden Recht 46
aa) Anerkannt durch § 69 EGBGB. 46
bb) Fortgeltend auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten 47
5. Ein Unterlassungsanspruch gemäß der Ausdehnung der Unterlassungsklage in Rechtsprechung und Literatur . . 49
a) Die Ausdehnung der Unterlassungsklage in der Rechtsprechung des Reichsgerichts 49
b) Annahme eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts . 53
c) Gleichstellung von Recht und rechtlich geschütztem Interesse 54
d) Erweiterung des Kreises der Individualrechte . . . 54
e) Anwendung des Schadensersatzanspruches 55
f) Entsprechende Anwendung der für die Ausschlußrechte gegebenen Bestimmungen auf bloße Rechtsgüter 56
g) Verwendung des § 259 ZPO. 57
h) Eigene Stellungnahme und Entscheidung 58
III. Die Voraussetzungen der möglichen Unterlassungsansprüche. 60
1. Der Unterlassungsanspruch aus der Verletzung des absoluten Aneignungsrechts 60
a) Objektiv-widerrechtliche Beeinträchtigung 61
aa) Bedeutung der Schonvorschriften 61
bb) Rechtfertigung aus § 65 JO. 62
cc) Rechtfertigung aus § 228 BGB. 63
b) Wiederholungsgefahr 64
2. Der Unterlassungsanspruch aus Rechtsbesitz in entsprechender Anwendung des § 862 BGB. 65
3. Der Unterlassungsanspruch aus Verletzung eines gesetzlich geschützten Gutes.
a) Aus § 823 Abs. 1 BGB. 65
b) Aus § 823 Abs. 2 BGB. 65
c) Aus § 826 BGB. 66

Literatur

Affolter: Das Fruchtrecht 1911.

Bauer: Die Jagdordnung, 5. Auflage Nachdruck 1928.

Behr: Bayer. Jagdgesetz, 2. Auflage 1928.

Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd., 3. Aufl. 1914.

v. Blume: Beiträge zur Auslegung des deutschen BGB. in Iher. JB. 39, 390 ff.

Born: Preußische Jagdgesetze 1928.

v. Brünneck: Das deutsche Jagdrecht und der Eigentumserwerb am widerrechtlich erlegten Wilde. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 48, S. 80 ff.

— Das Recht der Jagdausübung... In Gruch. Beitr. 57, 365 ff.

— In Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 5. Bd. IV. Aufl. 1926, S. 564 ff.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 2. Bd., 1924.

Crome: System des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, 1905.

Dalcke-Delius: Preußisches Jagdrecht, 6. Aufl. 1914.

Delius: Das Jagdrecht in der gerichtlichen Praxis, Bd. 1. 1. Teil 1930.

Dickel: Deutsches und preußisches Forstzivilrecht, 2. Auflage 1917.

— In der Festgabe für Gierke, Bd. 2 S. 364 ff., 1910.

Ebner: Das preußische Jagdrecht, Berlin 1908.

— Die Grundbegriffe des Jagdrechts i. Gruch. 55, 535 ff.

Ebner: Besitz und Eigentum am jagdbaren Wilde in Gruch. 57, 343 ff.

— Die Rechtsprechung und Literatur zum preußischen Jagdrecht. Im preuß. Verw.-Arch., Bd. 20, 357 ff.

Eccius: Überlassung unveräußerlicher Rechte zur Ausübung. i. Gruch. 50, 503 ff.

Eltzbacher: Die Unterlassungsklage, 1906.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1. Abt., 8.—9. Auflage, 1905.

Engländer: Zivilrechtliche Ansprüche des Jagdberechtigten gegenüber Störungen und Eingriffen in sein Jagdrecht. Dissertation Köln, 1928.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlich. Rechts, Bd. 1, 2, 23.—27. Aufl., 10. Bearb. 1927.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II. Bd., 11. Bearb., 1930.

Flad: Von der Unterlassungsklage, in Iher. JB. 70, S. 336 ff.

Foerster-Eccius: Preußisches Privatrecht, 2. Band, 7. Aufl. 1896 und 3. Band, 6. Aufl. 1892.

Frommhold: Über das Jagdrecht. in Iher. JB. Bd. 53, S. 188 ff.

Fuchs: Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. 1, 1895; Bd. 2, 1905.

Goldschmidt: Eigentum und Eigentumsteilrechte in ihrem Verhältnis zur Sozialisierung. 1920.

Goppert: Organische Erzeugnisse. 1896.

Graßhof: In Leipz. Zeitschr. f. Deutsches Recht 1929, 706.

Habicht: Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. 1901.

Hellmann: In Recht 01, S. 417.

Hellwig-Oertmann: System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd., 1919.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901.

Hirsch: Übertragung der Ausübung von Rechten, 1. Bd., 1910.

Hölder: Kommentar zum BGB., Allgem. Teil 1900.

Isay: Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.

Kern: In JW. 1922, S. 233, Anm. 8.

Kohler: Vertrag und Übergabe, in Arch. f. bürg. Recht 18, 1 ff.

Kreß: Besitz und Recht, Nürnberg u. Leipzig 1909.

Kretzschmar: In Gruch. Bd. 65, S. 432.

Krückmann: Bespr. von Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung, in Zeitschr. f. deut. Zivilprozeß, Band 34, 355 ff.

Lange: Der Besitz des Jagdpächters, in Gruch. 69, 311 ff.

Lau: In Gruch. Bd. 47, 497 ff.

H. Lehmann: Die Unterlassungspflicht, 1906.

Lehmann: In JW. 1929, S. 2339, Anm. zu Nr. 10.

Lenz: Der Rechtsbesitz außerhalb des BGB., in Arch. für bürg. Recht, Bd. 33, 245 ff.

Lesser: In Arch. f. bürg. Recht, Bd. 38, 102 ff.

Liste: Das Wesen der Jagdberechtigung nach preußischem Landesrecht. Diss. Erlangen, 1911.

Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927.

Lobe: Unterlassungsanspruch und Strafgesetz, in Gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht 1917, 15 ff.

Ludewig: Die Ermächtigung nach bürgerl. Recht, Marburg 1922.

— Die Unterlassungsklage des Jagdpächters, JW. 1924, 775 ff.

Mannhardt: Die Unterlassungsansprüche bei den absoluten Rechten, in DJZ. 1903, S. 416 ff.

Matthiessen: In JW. 1927, S. 1997 zu Nr. 9 A.

Mitzschke: Grenzen der Erfüllungshaftung bei Jagdpacht, 1923.

Nagler: Die Jagdwilderei, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes. T. Bd. 8, 417 ff.

Oertmann: Kommentar zum BGB., Allg. Teil, 3. Aufl. 1927. Recht der Schuldverh. 5. Aufl. 1929.

— In DJZ. 1904, S. 616 ff.

— Die Rechtsprechung des RG., in DJZ. 1929, S. 1641 ff.

Planck: Kommentar zum BGB., Bd. 1, 4. Aufl. 1913; Bd. 2, 1. Hälfte, 4. Aufl. 1914; Bd. 2, 2. Hälfte, 4. Aufl. 1928; Bd. 3, 4. Aufl. 1920.

v. Petrazycki: Lehre vom Einkommen, Bd. 1, Bd. 2, 1893, 1895.

Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Wien 1907.

Pollwein: Bayerisches Jagdrecht, 1928.

Raape: Aneignungsüberlassung, in Iher. JB. Bd. 74, 179 ff.

— Gebrauchs- und Besitzüberlassung, Iher. JB. 71, 97 ff.

Reichsgerichtsräte-Kommentar Bd. 1, 2, 3; 6. Aufl. 1928.

Rosenthal: Die Wiederholungsgefahr als Voraussetzung der Unterlassungsklage, in Leipz. Zeitschr. 1910, 585 ff.

Salinger: Die Unterlassungsklage nach der Rechtsprechung des RG., in Gruch. 64, 263 ff.

Schloßmann: Über den Begriff des Eigentums, in Iher. JB. 45, 289 ff.

Schönfeld: Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des RG., 1929, Bd. 2, S. 191 ff.

Schumann: Das Wesen des Jagdpachtvertrages und sein Gegenstand. Diss. Jena, 1909.

v. Seeler: Die Rechtsstellung des Jagdpächters bei Veräußerung des Grundstücks, in Berl. Festg. f. Gierke, 1910, 2. Bd., S. 343 ff.

Seydel: Der Fruchterwerb auf Grund des Gestattungsgeschäfts nach §§ 956, 957 BGB., in Leonhardts Studien, Heft 24.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB., Band 2 und 3, 9. Aufl. 1928.

— In Seufferts Blätter f. Rechtsanwendung 63, 285 ff.

Stelling: Die hannoverschen Jagdgesetze, 1928.

Stobbe-Lehmann: Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. 2, 1. H., 3. Aufl. 1896.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1910, 2. Bd. 1. Hälfte 1914, 2. Bd. 2. H. 1918.

Warneyer: Kommentar zum BGB., 1. Bd. 2. Aufl. 1930.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Aufl. 1906.

Wolff: Sachenrecht, 22.—26. Aufl. 1927.

— In Gruch. Bd. 62, S. 807 ff.

— Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts, in Festgabe für Gierke, Bd. 2, S. 117 ff.

Zitelmann: Internationales Privatrecht, Bd. 2, 1912.

— Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in Arch. f. ziv. Prax., Bd. 99, S. 33.

— Übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, in Iher. Jahrb. Bd. 70, S. 1 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Reichsgericht in Jur. Wochenschr. und in Gruch. Beitr.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

.....

A.

Die Regelung des Jagdrechts ist nach Art. 69 in Verbindung mit Art. 3 EGBGB. der Landesgesetzgebung vorbehalten. So sind denn auch in den Ländern noch Normen in Geltung, die schon vor Inkrafttreten des BGB. bestanden, es sind aber auch seitdem neue erlassen. Das Gebiet des Jagdrechts bietet daher ein recht buntes Bild. Es wird aber im Rahmen dieser Arbeit hauptsächlich nur das preußische Jagdrecht berücksichtigt werden können und sollen, das seine Kodifikation in der preußischen Jagdordnung vom 15. Juli 1907 gefunden hat. In der preußischen Jagdordnung findet man nun zahlreiche Vorschriften über die Verpachtung der Jagd (§§ 5 Abs. 2, 6 Abs. 2, 7 Abs. 4, 11 Absatz 2, 12 Absatz 2, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27); über den Inhalt, die rechtliche Natur des Jagdpachtvertrages und die Rechtsstellung des Jagdpächters sind aber keine Bestimmungen in ihr enthalten. Vielleicht wird der § 2 die Ansicht gestatten, daß der Jagdpachtvertrag einem gewöhnlichen Pachtvertrage im Wesen ähnelt.

Fehlt es an landesrechtlichen Vorschriften, so wird man in erster Linie die privatrechtlichen Normen des Reichsrechts heranzuziehen haben.

Die Bestimmungen des BGB. über die Pacht (§§ 581 ff.) geben dem Pächter keine Unterlassungsklage. Eine Unterlassungsklage bei Störungen in der Ausübung von Rechten ganz allgemein kennt unser BGB. nicht. Daher wird die Untersuchung nach der Richtung zu führen sein, ob der Jagdpächter einen Unterlassungsanspruch bei unmittelbarer oder analoger Anwendung der Bestimmungen hat, die einen Unterlassungsanspruch gewähren, oder ob sich ein solcher Anspruch aus der Fortentwicklung unseres Rechts in Rechtsprechung und Wissenschaft ergibt.

Vor der Untersuchung über die Fragen, die sich aus dem Thema der Arbeit ergeben, soll zu den äußerst bestrit-

tenen Fragen über das Jagdrecht im subjektiven Sinne, über den Jagdpachtvertrag und über seinen Gegenstand Stellung genommen und die eigene Auffassung angegeben werden. Davon wird notwendig der weitere Gang der Untersuchung insbesondere über die rechtliche Stellung des Jagdpächters und über seinen Schutz gegen Störungen, die vom Grundstückspächter ausgehen, abhängig sein.

B.

I. 1 a) Der gemeine Sprachgebrauch versteht unter Jagen oder Jagdausüben das Aufsuchen, Nachstellen, Verfolgen, Erlegen und Besitzergreifen von Tieren, die man zusammenfassend Wild nennt.[1]) In früheren Zeiten, wo alle wirtschaftliche Tätigkeit ohne Beachtung besonderer rationeller Grundsätze vor sich ging, wird sich auch das Jagen in den gekennzeichneten Tätigkeiten erschöpft haben.

Auch heute noch ist das Erlegen des Wildes der wesentliche Zweck und Inhalt der Tätigkeit des Jägers.[2]) Daneben wendet er aber heute auch besondere Arbeit auf die Hege auf, d. h. auf die Pflege des Wildes und ihre Behütung vor Schäden.[3])

Es darf aber heute nicht mehr jeder diese Tätigkeiten vornehmen, sondern nur noch derjenige, dem das Jagdrecht zusteht und auch dieser nur hinsichtlich der im § 1 JO. aufgezählten Tiere.

Jagdrecht ist also das Recht zur Aneignung und Hege gesetzlich bestimmter Tierarten nach besonderen weidmännischen Regeln auf bestimmtem Gebiet.[4])

b) Nach Klarstellung des Inhalts des Jagdrechts wird nunmehr dieses nach seiner rechtlichen Natur zu untersuchen und in das System unserer subjektiven Rechte einzuordnen sein. Dabei wird nur das Recht zum Erlegen des Wildes betrachtet werden, weil es eben der wesentliche Inhalt des Jagens ist. Es herrscht nun in der Auffassung über die rechtliche Natur des Jagdrechts durchaus keine Einigkeit.

---

1) Ebner S. 31, Bauer S. 13.
2) Ebner in Gruch. 55, 538.
3) Frommhold S. 193.
4) So die Definition von Liste S. 1, ähnlich Nagler, S. 438.

aa) Gierke[5]) faßt alle Privatrechte auf eine bestimmte Erwerbstätigkeit mit Ausschluß anderer als Monopolrechte zusammen. Diese bilden, da sie die Persönlichkeitssphäre des einen auf Kosten anderer erweitern, eine Klasse der Persönlichkeitsrechte. Unter diese Monopolrechte fällt für ihn auch das Jagdrecht, wobei er allerdings die Möglichkeit einräumt, dieses sich als Sachenrecht vorzustellen, nicht als Recht an den der Aneignung vorbehaltenen Sachen, da diese herrenlos sind. Zitelmann[6]) bezeichnet das Aneignungsrecht als Recht des rechtlichen Könnens (Gestaltungsrecht), räumt aber ein, daß die Jagd als Herrschaftsausübung über ein bestimmtes Gebiet zugleich ein sachenrechtliches Element enthält. Diese beiden Ansichten stehen indes vereinzelt da.

bb) Auch Frommhold hat in seiner Auffassung über das Jagdrecht nicht viele Anhänger gefunden. Für ihn ist das Jagdrecht ein persönliches Aneignungsrecht.[7]) Er geht von der Ausschließlichkeit des Jagdrechts aus, stellt dann ohne ausreichende Begründung fest, daß das Jagdrecht des Jagdpächters dasselbe sei wie das des Eigentümers und findet seinen Schutz durch seine Subsumtion entweder unter die Persönlichkeits- oder Sachenrechte.[8]) Da er nun m. E. den Fehler begeht, das Kennzeichen der Herrschaftsgewalt über eine Sache nur hinsichtlich der Sachenrechte an Immobilien zu berücksichtigen, und dann freilich zu dem Schluß kommt, daß hier dieses Herrschaftsverhältnis über das Grundstück nicht vorliegt, ist für mich auch seine Folgerung unrichtig, daß nur die Überlassung eines persönlichen Aneignungsrechts vorliege.[9])

Nach dieser Feststellung schließt er dann ohne Grund zurück, daß auch in der Hand des Grundeigentümers das Jagdrecht ein persönliches Aneignungsrecht sei,[10]) das allerdings durch Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit verdinglicht werden könne,[11]) was aber m. E. gegen das aus-

5) Bd. I § 82 V.
6) S. 48.
7) S. 202.
8) S. 196.
9) S. 198.
10) S. 202.
11) So auch Dickel, Forstzivilrecht S. 1046.

drückliche Verbot des § 2 Abs. 2 JO. verstoßen würde.[12]) Da also Frommholds Darlegungen nicht frei von Irrtümern sind, überhaupt der Gang seiner Untersuchung nicht zu billigen ist, ist seine Ansicht abzulehnen.

cc) Die Ausführungen von v. Brünneck[13]) behandeln diese Materie besonders eingehend. Die historische Entwicklung und die Übereinstimmung älterer Rechtsanschauungen mit denen der heutigen Zeit führen ihn zu der Annahme, das Jagdrecht als privilegiertes Okkupationsrecht anzusehen.[14]) In den Rechtsquellen des Mittelalters besteht die Annahme eines Eigentums des Jagdberechtigten am Wilde,[15]) die ihre Begründung in der Beobachtung hat, daß das Wild die Neigung zum Aufenthalt innerhalb eines bestimmten Gebietes zeigt. Mit Recht kommt v. Brünneck daher zu dem negativen Resultat, daß nach dem damaligen Recht der Eigentumserwerb für einen anderen als den Jagdberechtigten unmöglich war. Dieses deutsche Recht in seiner negativen Seite hat durch die Landesrechte, so in Preußen durch ALR. § 9 I 9, seine Normierung gefunden und muß auch noch heute trotz der Aufhebung des Jagdregals[16]) gelten, weil das Jagdrecht, wenn es auch (auch) dem Staate gegenüber seinen Charakter geändert hat, so doch in bezug auf Dritte hinsichtlich der erörterten Fragen dieselbe Stellung behalten hat.[17]) Was die positive Seite angeht, so ergibt sich für v. Brünneck nur die Möglichkeit, es als privilegiertes Okkupationsrecht anzusehen.[18]) Als Eigentum am Wilde soll es sich dagegen heute nicht mehr denken lassen.

Während das römische Recht in dem Jagdrecht nur die Befugnis erblickte, auf einem Grundstück zu jagen, liegt nach deutschem und heutigem Recht in dem Jagdrecht das Recht auf das Wild an sich.[19]) Wohl hat v. Brünneck recht, wenn er meint, dieses Recht lasse sich nicht als ein

12) Ebenso Dalcke S. 56 N. 2.
13) Arch. f. ziv. Prax. 48, 80 ff.
14) S. 91.
15) S. 92.
16) in Preußen durch Gesetz vom 31. 10. 1848.
17) S. 94.
18) S. 96.
19) S. 104.

ius in re aliena denken, weil das Wild niemandem gehöre; doch ich sehe nicht ein, warum es dann überhaupt kein ius in re ist. Letzteres ist nämlich nach v. Brünneck nur denkbar, wenn eine Sache bereits der Herrschaft von Menschen unterworfen ist.

Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet stellt aber doch von Brünneck das Jagdrecht als gegen Dritte wirkendes Recht hin und gibt dem Jagdberechtigten zum Schutze seines Jagdrechts Rechtsmittel von derselben Wirkung wie die für ein ius in re aliena als actio quasi negatoria und quasi confessoria. Er bezeichnet das Jagdrecht, wenn auch nicht als ein dingliches Recht, so doch als ein absolutes Recht mit denselben Wirkungen wie ein dingliches.[20]) Dieses Ergebnis ist durchaus zu billigen. Ob man nicht noch weiter gehen soll, lasse ich vorläufig noch dahingestellt.

dd) Dieser Auffassung ähnelt in bezug auf die Ausschließlichkeit des Aneignungsrechts die Ansicht von Affolter[21]) Dieser rechnet das Jagdrecht weder zu den dinglichen noch zu den obligatorischen Rechten, zu ersteren nicht, weil es keine Herrschaft über die Eigenschaften und Kräfte einer Sache oder über einen Raum der Erdoberfläche gewährt, zu letzteren nicht, weil das Jagdrecht weder selbst, noch seine unmittelbaren Früchte auf Leistungen aus dem Vermögen eines Schuldners gehen. Vielmehr ist seiner Ansicht nach das Jagdrecht ein „Recht eigener Art, ein Recht auf alleinige Aneignung bestimmter beweglicher, in der Regel lebender Sachen innerhalb eines gewissen Raumes der Erdoberfläche." Er empfindet aber dabei und spricht es auch aus, daß das Jagdrecht den dinglichen Rechten näher steht als den obligatorischen, und zwar unter den dinglichen Rechten am nächsten dem Eigentum am Grundstück.

ee) Die Rechtsprechung und die Literatur äußern sich überwiegend wie v. Brünneck, stimmen ihm jedenfalls, was die Ausschließlichkeit des Aneignungsrechtes angeht, zu.[22]) Diese ergibt sich aus § 958/2, wo gesagt ist, daß ein Aneignungsrecht den Eigentumserwerb anderer hindert.

---

20) S. 105.

21) aaO S. 120.

22) So Dalcke-Delius S. 40, Ebner, Jagdrecht S. 46, in Gruch. 45, 539; 57, 345; RG. 41, 349; 70, 70.

Ob das Aneignungsrecht ein dingliches Recht ist oder nicht, ist nicht gesagt, und man kann sich nicht entschließen, es als dingliches Recht anzusehen, lediglich deshalb — ebenso wie v. Brünneck — weil ein dingliches Recht eine im Eigentum stehende Sache voraussetze. Da man aber die Ähnlichkeit des Jagdrechts mit einem dinglichen Recht empfindet, bezeichnet man es als ein quasi-dingliches.

In ähnlicher Weise äußert sich Nagler:[23]) Da das Jagdrecht keinerlei unmittelbare Sachherrschaft gewährt, kann es nicht zu den dinglichen Rechten gezählt werden. „Aber es steht diesen nahe und wirkt wie ein solches." Der Jagdberechtigte hat aber an dem Wilde kein dingliches Recht, weil es herrenlos ist. Wenn aber die Ausschließlichkeit des Aneignungsrechts besonders betont werden soll, so bietet sich dazu als Handhabe seine „Verdinglichung", indem nur der Jagdberechtigte als zum Eigentumserwerb am Wilde befähigt angesehen wird (S. 441). Da das Wild fremdem Eigentumserwerb unzugänglich gemacht wird und nur vom Jagdberechtigten durch Aneignung zu Eigentum erworben werden kann, „ist es in seine Rechtssphäre schon teilweise eingetreten" (S. 442).

ff) Es ist im Gesetz nirgends gesagt, daß dingliche Rechte nur an Sachen bestehen können, die im Eigentum stehen.[24])

Nach Ansicht Schloßmanns[25]) beruhen alle dinglichen Rechte auf einer Zuteilung von Sachen an eine Person. Jedes dingliche Recht hat dann die Bedeutung der rechtlichen Stellung seines Inhabers innerhalb der bestehenden Verteilungsordnung, die gegen jeden Dritten behauptet werden kann und geschützt ist.

Zu beachten ist, daß in dem Zuteilungsbefehl an den dinglich Berechtigten nichts davon gesagt ist, daß sein Recht in Beziehung gesetzt ist zu demjenigen, dem gleichfalls ein dingliches Recht oder das Eigentum an derselben Sache zusteht. Es steht sein Recht nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis von dem Bestehen eines Rechts eines anderen an derselben Sache. Daher ist auch die Bezeichnung „dingliches Recht an fremder Sache", „ius in re aliena" nicht ge-

23) S. 439.

24) vergl. v. Tuhr I § 6, S. 137.

25) S. 348.

nau, mag sie auch den tatsächlichen Verhältnissen der Wirklichkeit meist entsprechen.

Von Bedeutung ist dann die Fortführung dieser Ansicht zu der Auffassung,[26]) daß dann ein „dingliches Recht an fremder Sache" nicht notwendig an einer im Eigentum eines anderen stehenden Sache bestehen muß, sondern auch an einer herrenlosen Sache denkbar ist. Es kann an ihr entstehen, ebenso wie ein an einer im Eigentum befindlichen Sache bestehendes Recht fortbestehen kann, wenn diese Sache herrenlos wird.

Daß aber das Jagdrecht auch die Eigenschaften aufweist, die das Wesen der dinglichen Rechte ausmachen, ergibt sich einmal aus der Beziehung des Rechtssubjektes zu der Sache, indem der Jagdberechtigte innerhalb der Grenzen seines Rechts mit dem Wilde nach Belieben verfahren kann, ferner aus dem Umstand, daß Dritte von einer Einwirkung auf die Sache ausgeschlossen sind, insofern als sie kein Eigentum erwerben können.[27])

Was den sogenannten numerus clausus der Sachenrechte anlangt, so hat er nur die Bedeutung, daß keine anderen dinglichen Rechte geschaffen werden können als die vom BGB. zugelassenen.[28]) Nichts kann aber hindern, Rechte, die sich aus den landesrechtlichen Vorbehalten ergeben, sowie solche, die sich nach ihrer Gestaltung durch die Rechtsordnung als Sachenrechte darstellen, auch als solche anzusehen.

Endlich ist der Umstand, daß das Wild seinen Aufenthalt in gewissem Grade verändert, kein Grund, die Möglichkeit eines dinglichen Rechts an ihm zu verneinen.

Nach alledem schließe ich mich der Ansicht derer an, die das Jagdrecht für ein dingliches Recht und zwar an dem Wilde erklären.[29])

Enneccerus (a. a. O.) bezeichnet dieses Jagdrecht als „dingliche Erwerbsberechtigung", Wolff (a. a. O.) als „ein eigenartiges dingliches Recht an herrenloser Sache".

---

26) s. Schloßmann S. 353.

27) s. v. Tuhr I § 6 S. 137.

28) derselbe.

29) Enneccerus I, 1 § 72 I B; Wolff § 79 II 2; Stobbe-Lehmann II 1 § 116; Goldschmidt S. 31.

Als Inhalt des dinglichen Rechts ergibt sich einmal für den Inhaber die Macht, über eine Sache zu herrschen, nämlich in einer Weise mit ihr zu verfahren und andere von einer Einwirkung auf sie auszuschließen. Diese Bestimmung der Herrschaftsmacht ergibt sich aus dem für das Eigentum geltenden § 903 für alle dinglichen Rechte.[30])

Aber auch das Recht zur Aneignung, die Befugnis, sich unter Ausschluß anderer zum Eigentümer einer herrenlosen Sache machen zu können, gehört zum Inhalt des dinglichen Rechts. Diese Aneignung geschieht bei beweglichen Sachen durch Ergreifung des Eigenbesitzes (§ 958). Allerdings ist die Sache, auf die sich das Aneignungsrecht erstreckt, noch nicht in der Herrschaft des Rechtssubjekts, doch unterliegt sie unmittelbar seiner Willensmacht, sie ist schon Objekt seines Rechtes. Daher kann man das Aneignungsrecht als dingliches Recht ansehen.[31])

Dieser Ansicht ist entgegen gehalten worden,[32]) daß bei einigen Aneignungsrechten der Gegenstand der Aneignung nicht fest bestimmt ist. Es muß zugegeben werden, daß in einigen Fällen des Aneignungsrechts die anzueignende Sache noch nicht genau bestimmt ist, was aber nie zweifelhaft ist, das ist der Gegenstand des Aneignungsrechts. Dieser besteht immer aus den Sachen einer bestimmten Gattung, die sich zu einer Zeit in dem festbestimmten Bereich des Berechtigten befinden. Eine solche Beziehung zwischen dem Rechtssubjekt und dem Rechtsobjekt genügt aber, um das Vorliegen eines dinglichen Rechts zu bejahen.

Wenn auch das lebende Wild noch nicht direkt der Beherrschung des Jagdberechtigten unterworfen ist, also in dieser Hinsicht noch nicht zu seinem Vermögen gehört, da er weder Eigentum noch Besitz an ihm hat, so besteht doch schon eine dingliche Rechtsbeziehung zwischen dem Jagdberechtigten und dem Wilde. Dieser ist nämlich berechtigt, das Wild zum Bestande seines Vermögens zu machen. Diese Befugnis besteht etwa nicht darin, daß ein anderer das Eigentum am Wilde zu übertragen verpflichtet ist, sondern

30) so Schloßmann S. 316.
31) so Wolff § 79 II 2, Goldschmidt S. 27.
32) Vergl. Gierke II S. 255.

hat ihre Wirkung auf das Wild unmittelbar. Der Jagdberechtigte hat das Recht am Wild, das auf die Aneignung desselben ohne Rücksicht auf den Willen anderer Personen abzielt. Dieses Aneignungsrecht gehört daher zum Vermögen des Berechtigten.

Der Inhalt des Jagdrechts besteht darin, daß der Jagdberechtigte durch bloße Inbesitznahme an dem seinem Aneignungsrecht unterliegenden Wilde Eigentum erwirbt.

Der Schutz durch die Rechtsordnung zeigt sich darin, daß die Befugnisse des Jagdberechtigten in der Hinsicht gewährleistet sind, daß die Aneignungsbefugnis für einen Dritten ausgeschlossen ist, insofern dieser durch Besitznahme Eigentum an dem Wilde nicht erwirbt und der Jagdberechtigte das Wild — jedenfalls vom Wilderer — herausverlangen kann.

Danach läßt sich das Jagdrecht als ein dingliches Recht, ein Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen, bezeichnen.

2. Nachdem Inhalt und rechtliche Natur des Jagdrechts klar gestellt sind, wird in dem Streit, ob das Jagdrecht Eigentumsinhalt oder selbständiges Recht ist, Stellung zu nehmen sein, da davon die Behandlung der Fragen über den Gegenstand des Jagdpachtvertrages, Besitzschutz des Jagdpächters und ähnliches abhängen wird.

a) Die Geschichte lehrt uns, daß dort, wo Sondereigentum bestand, ursprünglich der Grundeigentümer das Recht hatte, zu jagen. Es war also das Jagdrecht im Grundeigentum enthalten. Später „bannten" die deutschen Könige das Wild, und noch später kam das Jagdregal in die Hände der Landesherren und größerer Grundeigentümer. Es wurde also das Jagdrecht vom Grundeigentum gelöst. Die freiheitlichen Bestrebungen des 19. Jahrhunderts gingen dahin, die kleinen Grundbesitzer und Bauern von dieser Beschränkung in ihrem Eigentum zu befreien. So heißt es im § 37 der Grundrechte des deutschen Volkes, daß das Jagdrecht im Grundeigentum enthalten sei. Demgemäß wurde in Preußen durch die §§ 2 und 3 jedes Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden aufgehoben und bestimmt, daß die Jagd jedem Eigentümer auf seinem Grund und Boden zustehe. (Ebenso heute § 2 Abs. 1 JO.)

Auf Grund dieser geschichtlichen Entwicklung wird heute vielfach angenommen, daß durch diese Bestimmungen der ursprünglich in Deutschland bestehende Zustand in Preußen wieder hergestellt worden, das Jagdrecht also wieder im Eigentum enthalten sei.[33])

So geht nach der Ansicht Engländers[34]) aus der geschichtlichen Entwicklung und dem Wortlaut des § 37: „Im Grundeigentum liegt die Berechtigung zur Jagd auf eigenem Grund und Boden" hervor, daß der Gesetzgeber den ursprünglichen Zustand wiederherstellen und nicht das Jagdrecht als ein selbständiges Recht schaffen wollte. Allerdings meint er,[35]) daß es „von außen betrachtet" den Anschein hat, als ob man das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden nur aufheben wollte, ohne zu bestimmen, ob das Jagdrecht Bestandteil des Eigentums oder ein selbständiges Recht sein solle. Daß in dem von der Nationalversammlung angenommenen Grundsatz[36]) das Jagdrecht in einem Atem als Ausfluß des Grundeigentums und als Zubehör des Grund und Bodens bezeichnet wird, tut Engländer damit ab, daß nur wenigen Mitgliedern der Nationalversammlung die juristische Bedeutung des Wortes „Zubehör" bekannt war.[37]) Man wollte aber nur einen Zustand wiederherstellen, der nach der Meinung der damaligen Bewegung von den Fürsten zu Unrecht abgeschafft worden war.[38])

Dieser Schluß ist jedoch nicht gerechtfertigt. Einmal ist der Wortlaut des zitierten § 37 nicht maßgebend, und das preußische Gesetz spricht direkt jedenfalls nicht für die-

---

33) so Dickel S. 1049; in Festgabe S. 365; Dalcke-Delius S. 19; Förster - Eccius II 229, Anm 403. Mitzschke S. 7, Delius S. 2, Affolter S. 121,: Das Jagdrecht sei „in der Regel Ausfluß des Grundeigentums," aber doch wesentlich von ihm verschieden. Denn „es gewährt keine unbeschränkte Herrschaft über Grund und Boden, sondern nur das alleinige Recht auf Aneignung bestimmter, sich innerhalb des Raumes des Grundstückes bewegender Tiere." OLG. 4, 44; RG, 70, 70.

Für das hannoversche Jagdrecht s. Stelling S. 79. Für das bayerische Jagdrecht s. Behr S. 68: Eigenjagdrecht als „Ausfluß des Grundeigentums."

34) Diss. S. 16.

35) a. a. O. S. 18.

36) a. a. O. „Das Jagdrecht ist ein Ausfluß des Grundeigentums, ein Zubehör des Grund und Bodens" usw.

37) a. a. O. S. 17.

38) a a. O. S. 18.

sen Schluß. Man muß aber nicht über die Motive der damaligen Bestrebungen hinausgehen. Das wesentliche für den Gesetzgeber war jedenfalls, daß der Grundeigentümer sein Jagdrecht haben sollte. Daß das Jagdrecht zu den Zeiten, wo es ein Regal war, als ein aus dem Obereigentum des Staates fließendes Recht angesehen wurde, ersieht man nirgends eindeutig, und der Umstand, daß nicht überall das Jagdrecht vom Grundeigentum losgelöst war,[39]) kann es nicht hindern, daß die Neuregelung das Jagdrecht als selbständiges Recht schaffen konnte.

Es spricht also für die Auffassung des Jagdrechts als Eigentumsinhalt weder das Gesetz eindeutig, noch lassen sich sonst ausreichende Gründe dafür anführen.

b) Das Jagdrecht als selbständiges Recht anzusehen, scheint durch das Gesetz jedenfalls nicht verwehrt zu sein. Der Umstand, daß das Jagdrecht durch § 2 JO. dem Grundeigentümer ausdrücklich übertragen ist, spricht aber dafür. Aus dem Umstand, daß früher das Jagdrecht vom Grundeigentum gelöst und nunmehr ihm wieder zugesprochen wurde, muß, wie schon erwähnt, nicht gefolgert werden, daß man zu früheren Rechtszuständen zurückgekehrt ist.[40])

Zu beachten ist aber besonders, daß die Ansicht, das Jagdrecht fließe aus dem Eigentum oder sei darin eingeschlossen, nicht dazu geeignet ist, eine vollkommene Klärung des Begriffs des Jagdrechts zu geben. Das Jagdrecht befähigt nämlich den Eigentümer nicht nur, auf seinem Grundstücke Wild zu jagen. Das Jagdrecht in seiner objektiven Bedeutung erstreckt sich als dingliches Recht vielmehr auch auf das innerhalb des Jagdgrundstücks in der Freiheit sich bewegende Wild,[41]) das in niemandes Eigentum steht. Dieses Jagdrecht kann nicht erschöpfend damit bestimmt werden, es sei Ausfluß des Eigentums am Grundstück, auf dem sich das Wild in stetem Wechsel bewegt. Die Jagdberechtigung enthält nämlich verschiedene Befugnisse, die nicht im Eigentum am Grundstück enthalten sind, so einmal die Ausschließlichkeit der Aneignungsbefugnis und der Hege,

39) Dickel Festgabe S. 367.

40) Vergl. Wolff in Gruch. 62, 809.

41) Siehe oben S. 8, 9.

ferner nach einigen Jagdgesetzen über das Recht des Grundeigentümers hinausgehende Befugnisse, z. B. wildernde Hunde zu töten, auf fremden Grundstücken Maßregeln zur Verhinderung von Wildschäden zu treffen.

Das Jagdrecht kann nur erklärt werden als ein Recht von besonderer Natur und Beschaffenheit, das mit dem Grundeigentum verbunden ist.

Wenn nun das Jagdrecht dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes zusteht, so muß es nach § 96 BGB. als Bestandteil des Grundstückes angesehen werden.

Der Umstand, daß das Jagdrecht dem Landesrecht vorbehalten ist, spricht nicht gegen die Anwendbarkeit des § 96. In dem aufrechterhaltenem Landesrecht besteht nämlich keine Vorschrift, die seine Anwendung ausschließt. Daher können landesrechtliche Gerechtigkeiten ohne Bedenken dem § 96 unterstellt werden.[42])

Der Versuch Dickels,[43]) diese Ansicht über das Jagdrecht als Grundstücksbestandteil zu widerlegen, mißlingt. Er meint, wenn man das Jagdrecht als Grundstücksbestandteil ansehe, so sei es dem Eigentum unterworfen. Man hätte also Eigentum am Jagdrecht und an diesem Eigentum wiederum Eigentum. Das ist aber irrig. § 96 will gar nicht Rechte zu Bestandteilen einer körperlichen Sache machen. Das ist begrifflich unmöglich. Er spricht vielmehr eine Fiktion aus:[44]) Ein Recht, das mit dem Eigentum am Grundstück verbunden ist, gilt, wird so behandelt wie ein Bestandteil des Grundstückes.

Es steht also nichts im Wege, das Jagdrecht als ein selbständiges Recht anzusehen, das dem jeweiligen Grund-

---

42) Vergl. RGR. Kom. Anm. 1. zu § 96, Planck, Anm. 2 zu § 96, anders OLG. 13, 382, wo fälschlich die Anwendung des § 96 für ausgeschlossen erklärt wird, weil das Jagdrecht nach Landesrecht beurteilt wird.

43) Festgabe Seite 366.

44) vergl. Staud. § 96 Anm. 1.

So auch Nagler S. 428, 430, der als die dem modernen Zeitgeiste am besten entsprechende Form der Jagdberechtigung das Realrecht ansieht. Das Jagdrecht ist nicht Inhalt, sondern Attribut des Grundeigentums. Wenn der Staat die Jagdgerechtigkeit auf den Grundeigentümer überträgt, so empfängt dieser sie nicht als ein „Plus zur Fülle des Eigentums, sondern als eigenartigen Zuschlag zum Grundrechte."

eigentümer zusteht und als Bestandteil des Grundstücks gilt.[45])

3a) Nunmehr ist der Jagdpachtvertrag zu untersuchen. Auch hier begegnet uns in der Literatur und Rechtsprechung bunte Verschiedenheit der Ansichten.

Hinsichtlich seiner Zulässigkeit dürften wohl Zweifel nicht bestehen; denn die §§ 2 und 3 JO. schließen ihn nicht aus, es ist sogar im Gesetze selbst öfter von der Verpachtung des Jagdrechts die Rede. (§§ 5 Abs. 2, 6 Abs. 2, 7 Abs. 4, 11 Abs. 2, 12 Abs. 2, 19—27.)

Der Verpächter ist nach § 581 BGB. verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte zu gestatten.

Welches der Gegenstand des Jagdpachtvertrages sei, ist aber eben der strittige Punkt.

Das Gesetz spricht von einer Verpachtung der Jagd (§ 7 Abs. 4 JO.), der Jagdausübung (§ 5 Abs. 2 JO.) und des Jagdrechts (§ 6 Abs. 2 JO. und § 835 Abs. 2 BGB.).

b) Es findet sich allerdings auch die Ansicht, daß der Jagdpachtvertrag überhaupt nicht als ein Pachtvertrag im Sinne des BGB. angesehen werden könne, sondern lediglich den allgemeinen Bestimmungen über Verträge unterworfen sei. Förster-Eccius[46]) gehen davon aus, daß das Jagdrecht Inhalt des Grundeigentums sei. Die richtige Folgerung daraus, daß dann die Jagdpacht das Grundstück zum Gegenstand haben müsse, lehnen sie aber ab. Sie untersuchen aber auch nicht, ob nicht etwa das Jagdrecht selbst der Gegenstand sei — was allerdings von ihrem Ausgangspunkt aus gesehen, unmöglich ist — und kommen dann dazu, daß der Jagdpachtvertrag nur den allgemeinen Vertragsbestimmungen unterliege. Diese Ansicht muß wegen der hier vertretenen Auffassung über das Jagdrecht und wegen der unvollständigen Untersuchung abgelehnt werden. Man sieht aber hier, wie wichtig die Auffassung vom Jagdrecht überhaupt für jede weitere Stellungnahme ist.

---

45) so Wolff § 80 III, Ebner in Gruch. 55, 748, Ludewig in JW. 1924 S. 775, Lange in Gruch. 69, 316, v. Brünneck HWB. V S. 571, RG. in „Recht" 17, 473 OVG. 78, 372.

46) Band 2 S. 236, 237.

caa) Die Annahme, daß das Grundstück Pachtobjekt sei, findet man in einer Entscheidung des Kammergerichts.[47]) Da von der Auffassung des Jagdrechts als Bestandteil des Grundeigentums ausgegangen wird, muß zugegeben werden, daß dann nur die Möglichkeit gegeben ist, das Grundstück als Gegenstand der Jagdpacht anzusehen.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt Schumann.[48]) Da der Verpächter sich vertraglich verpflichtet, den Gebrauch der Pachtsache und den Genuß der Früchte zu gewähren, muß festgestellt werden, ob das Wild als Sach- oder Rechtsfrucht anzusehen sei. Schumann kommt zu dem Schluß, daß es nur Sachfrucht sein könne, daher auch nur das Grundstück Gegenstand des Pachtvertrages sei. Den Ausführungen über die Fruchtnatur des Wildes kann nicht gefolgt werden, daher auch nicht seiner Auffassung.

bb) Das Richtige dürfte sein, das Jagdrecht als Pachtobjekt anzusehen. Nach § 581 BGB. können nämlich Rechte ebenso wie Sachen verpachtet werden. Allerdings muß man dann — wie hier — davon ausgehen, daß das Jagdrecht ein selbständiges Recht sei.

Zu demselben Ergebnis kommt auch das Reichsgericht.[49]) Diese Entscheidung ist insofern nicht frei von Widersprüchen, als in ihr das Jagdrecht als Eigentumsinhalt angesehen wird. Ist aber das Jagdrecht kein selbständiges Recht, so kann es auch nicht Objekt eines Pachtvertrages sein.

Ebenso findet man in der Literatur häufig das richtige Ergebnis, daß das Jagdrecht Pachtgegenstand ist, obgleich von der falschen Annahme, das Jagdrecht sei Inhalt oder Ausfluß des Grundeigentums, ausgegangen wird.[50]) Soll aber — was das Richtige ist — das Jagdrecht Objekt eines Pachtvertrages sein, so ist dafür notwendige Voraussetzung, daß es ein selbständiges Recht ist.[51])

---

47) OLG. Bd. 4, 44.

48) S. 43 und 81, ebenso v. Seeler S. 345, 349.

49) Band 70, 70; ebenso OLG. Jena in JW. 1922, 233.

50) So Behr S 69, 153; Stelling S. 79, 82; Mitzschke S. 14, Delius S. 2, 117, 118; Affolter S. 124.

51) vgl. Wolff § 80 Anm. 16.

Der Pächter soll durch den Pachtvertrag den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte erhalten. Wenn man also als Pachtobjekt das Jagdrecht ansieht, so muß man notwendig auch das Wild für die Frucht des Jagdrechts halten.

Um in dem Streit über die Fruchtnatur des Wildes eine entschiedene Stellung einnehmen zu können, wird man den Fruchtbegriff näher zu untersuchen haben.

Im römischen Recht unterschied man zwischen natürlichen oder Sachfrüchten (fructus naturales) und den Rechtsfrüchten (fructus civiles).

Im gemeinen Recht war nicht klar ausgesprochen und daher in der Wissenschaft bestritten, worauf der Begriff der natürlichen Früchte beruhe. Es standen sich vor allen Dingen zwei Theorien in strengem Gegensatz zu einander gegenüber: Die organische oder Erzeugnistheorie[52]) und die Erträgnistheorie.[53]) Nach der ersteren waren Früchte nur die organischen Erzeugnisse einer Sache, die letztere hielt dagegen mit Recht die organische Abstammung nicht für erforderlich und auch nicht für ausreichend, sondern für allein wesentlich, daß die eine Sache das von einer anderen unter Wahrung ihrer Substanz abgeworfene Erträgnis sei.

Das BGB. (§ 99) unterscheidet zunächst wie das römische Recht zwischen natürlichen und zivilen Früchten. Es scheint zunächst der organischen Theorie zu folgen, indem es im Absatz 1 als Früchte die Erzeugnisse einer Sache bezeichnet, nähert sich aber durch die Hinzufügung „und die sonstige Ausbeute" der Erträgnistheorie, da hier keine organischen, überhaupt keine Erzeugnisse mehr gemeint sind.

Da Früchte im Sinne von organischen Erzeugnissen nur bei Sachen vorkommen, scheint davon § 99 Abs. 2 eine Ausnahme zu machen, indem hier der Begriff der Rechtsfrüchte aufgestellt wird. Doch kann der Gegensatz zwischen Absatz 2 und Absatz 3 nur erklärt werden, indem man aus Absatz 2 die Fälle ausscheidet, wo die Erträge nur vermöge eines Rechtsverhältnisses gewonnen werden. Es kann daher in Absatz 2 nur von natürlichen Früchten die

52) Hauptvertreter Goppert, Organische Erzeugnisse 1869.

53) Vertreten durch von Petracycki, Lehre vom Einkommen.

Rede sein, von wahrnehmbaren, also Sachfrüchten. Die sogenannten Rechtsfrüchte nach Absatz 2 sind also die Sachfrüchte, auf die der hinsichtlich des Muttergegenstandes dinglich oder obligatorisch Berechtigte kraft seines Rechts einen Anspruch hat.

Was die Frage der rechtlichen Natur des Wildes angeht, so wird von Schumann und Seeler[54]) das Wild als Frucht des Jagdgrundstücks angesehen. Das ist indes abzulehnen. Allerdings sind die Früchte des Bodens nicht nur dessen organische Erzeugnisse, man darf es darauf nicht allein abstellen, daß das Erzeugnis organisch, die Muttersache dagegen unorganisch ist oder umgekehrt. Doch muß man beachten, daß das Tier ohne Zweifel schon Frucht des Muttertieres ist, also nicht auch Erzeugnis des Grundes und Bodens, auf dem es in stetem Wechsel sich bewegt und zu dem es daher in ziemlich loser Beziehung steht, sein kann. Daß es auch dem Sprachgebrauch zuwiderläuft, das Wild als Frucht des Grundstücks zu bezeichnen, mag noch erwähnt sein. Auch der 2. Fall des Absatz 1 kann nicht zur Anwendung kommen, denn das Wild ist keine Ausbeute aus dem Boden.

Hölder[55]) zählt den Jagdgewinn unrichtiger Weise zu den mittelbaren Zivilfrüchten des § 99 Absatz 3. Der Jagdgewinn entsteht doch aber nicht durch das Jagdrecht. Die Folge seiner Berechtigung ist nicht die, daß der Jagdberechtigte Jagdbeute macht, sondern daß er sie seinerseits machen darf und Eigentum daran erwirbt.

Allein zutreffend kann nur die Ansicht sein, daß das erlegte Wild, das kraft des Jagdrechts erworben wird, Frucht des Jagdrechts ist, es also als sogenannte Rechtsfrucht im Sinne des § 99 Absatz 2 aufzufassen ist.[56]) Unter Rücksichtnahme darauf, daß das Jagdrecht ein eigenes, selbständiges Recht ist, das auf Aneignung des Wildes abzielt,[57]) kann das erlegte Wild zwanglos als Frucht dieses Rechts bezeichnet werden, wobei allerdings zu beachten ist, daß das

---

54) siehe oben S. 14.

55) § 99 Nr. 8.

56) so Oertmann § 99 Anm. 3 e, Warneyer § 99 III, Planck § 99, 3, Staud § 99, 7, Wolff § 80 Anm. 29, Affolter S. 124 Anm. 5, Sohm S. 80, Nagler S. 429.

57) siehe oben S. 9, 13.

noch lebende Wild, an dem nur ein absolutes Aneignungsrecht besteht, hierbei auszuscheiden hat.

Da somit die Jagdbeute als Frucht des Jagdrechts angesehen werden kann, wird hier die Auffassung, die das Jagdrecht als Objekt des Jagdpachtvertrages ansieht, zu billigen sein.[58])

cc) Es ist noch auf die Ansicht von Wolff einzugehen, wonach Objekt der Jagdpacht der Jagdbetrieb ist,[59]) der dem Handelsunternehmen parallel gestellt wird. In der Festschrift für Gierke[60]) stellt Wolff das Handelsunternehmen streng in Gegensatz zum Handelsvermögen. Letzteres ist ein Rechtsinbegriff und wo es vorhanden ist, braucht noch kein Betrieb zu bestehen. Das Handelsunternehmen als Betrieb dagegen stellt einen Inbegriff von Tätigkeiten dar, ist also weder Sache, noch Recht, noch Rechtsinbegriff, sondern ein Rechtsgut. Ebenso wie das Handelsunternehmen ist nun nach Wolff auch der Jagdbetrieb ein Tätigkeitsinbegriff, ein Rechtsgut, und Pachtobjekt dieser Betrieb als Inbegriff von Tätigkeiten, die sich als Ausübungshandlungen des Jagdrechts darstellen.

Gegen diese Vergegenständlichung des Unternehmens zu einem selbständigen immateriellen Rechtsgut — diese wurde namentlich von Isay[61]) und Pisko[62]) unternommen auch das Reichsgericht[63]) spricht von einem immateriellen Rechtsgut des Unternehmens — müssen aber im Anschluß an die bedeutsamen Ausführungen von Schönfeld[64]) erhebliche Einwendungen gemacht werden.

Die körperliche Sache ist ein natürliches Rechtsgut, die Werke der Kunst, Wissenschaft und Technik sind heute als Immaterialgüter juristische Rechtsgüter. Das Vermögen dagegen ist juristisches Gesamtgut.

---

58) ebenso Ennecc. I 2 § 357 Anm. 7, Wolff § 80 III, Frommhold S. 204, Pollwein S. 30, 32, Ludewig JW. 24, 775, RG. 98, 101.

59) s. § 79 II 1.

60) S. 120 Anm. 15.

61) a. a. O. S. 54.

62) a. a. O. S. 20.

63) RG. 98, 291.

64) a. a. O. S. 261 ff.

Soll nun das Unternehmen ein selbständiges, immaterielles Rechtsgut sein, an dem ein absolutes Recht besteht, so ist notwendig, daß es sich von der Person des Unternehmers scheiden läßt, denn unser Recht kennt kein subjektives Recht an sich selbst und an seiner Tätigkeit, ebenso daß es sich von dem Vermögen des Unternehmers unterscheidet, da unserem Recht der Gedanke eines subjektiven Rechts am Vermögen ebenfalls fremd ist.[65])

Der Gedanke, das Unternehmen den Werken der Wissenschaft, Kunst und Technik parallel zu stellen, ist abzulehnen. Letztere sind nämlich als Werke dem Autor gegenüber selbständig. Das Unternehmen, das Werk in Handel, Industrie und Gewerbe, besteht dagegen nur so lange, als es vom Unternehmer betrieben wird, was auch das Reichsgericht erkannt hat.[66]) Für das Bestehen des Unternehmens ist das Moment der persönlichen Beziehung zwischen Unternehmer und Unternehmen wesentlich. Es gibt nur ein Unternehmen, solange es betrieben wird. Der Betrieb ist allerdings wieder etwas anderes als das Unternehmen. Er ist vergleichsweise der Körper, das Unternehmen der Geist. Sie gehören beide zusammen „wie der Körper zum Geist, indem der Betrieb das Unternehmen verkörpert, das der Unternehmer beseelt, wenn er es leitet."[67])

Fehlt somit dem Unternehmen die Selbständigkeit gegenüber der Person des Unternehmers, so ist es auch kein selbständiges, geistiges Rechtsgut.

Für diejenigen, die das Unternehmen als selbständiges Immaterialrechtsgut ansehen, ist es nun sehr wesentlich, dieses in Gegensatz zum Geschäft und das in ihm investierte Vermögen zu stellen. Ist nämlich nach dem Reichsgericht[68]) das Unternehmen „ein werktätiges Ganzes", so ist das Vermögen „nicht eine Rechtseinheit, sondern lediglich ein tatsächlicher, wirtschaftlicher Inbegriff von Sachen, Rechten und Rechtsverhältnissen".[69])

---

65) so Schönfeld S. 263.
66) vgl. RG. 115, 175; 122, 188.
67) siehe Schönfeld S. 264.
68) RG. 95, 238.
69) RG. 70, 227.

Diese Auffassung vom Vermögen ist indessen unzutreffend. Man muß vielmehr mit Fuchs[70]) das Vermögen als „Einheit und Ganzheit aller unmittelbaren und mittelbaren Güterrechte“ ansehen. Ebenso ist das gewerbliche Vermögen eine Rechtseinheit, nämlich „die Gesamtheit aller Rechte, die einer Person in ihrer Eigenschaft als Handelstreibenden in und mit ihrem Geschäft zustehen“.[71]) Das Handelsgeschäft oder -vermögen, was dasselbe ist, ist nicht der Inbegriff von tatsächlichen Beziehungen, sondern umfaßt als Rechtseinheit nur Rechtsgüter, und zwar „in ihrer Gliederung, nicht in ihrer Summierung“.[72]) So muß auch gegen das Reichsgericht[73]) angenommen werden, daß „die Möglichkeit gewinnbringenden Fortbetriebes des Geschäfts“ nicht etwas Tatsächliches neben den Rechten oder Rechtsgütern darstellt, sondern in ihnen ist als deren Gliederung. Sonst wäre ihr Inbegriff nicht Vermögen, sondern Summe.

Das Vermögen und auch das Handelsvermögen ist „die Einheit der Rechte in der Bewegung“ als deren Gliederung in dem doppelten Sinne dieses Wortes.

Ist aber sonach das Vermögen seinem Wesen nach Gliederung der Rechte oder Rechtsgüter, die das Vermögen bilden, so kann es ein Unternehmen als selbständiges Rechtsgut neben ihm nicht mehr geben. Unternehmen und gewerbliches Vermögen sind vielmehr letzten Endes dasselbe, und zwar ist das Vermögen die Form und das Unternehmen der Gehalt.

Das Unternehmen könnte nur dann ein selbständiges immaterielles Rechtsgut sein, wenn an ihm ein subjektives Recht bestehen könnte. Das muß jedoch vom Standpunkt des jetzt geltenden Rechts negiert werden, da ja auch das Vermögen kein selbständiges Rechtsgut, sondern nur Rechtsgesamtheit ist.

Zieht man nun die Parallele vom Handelsunternehmen zum Jagdbetrieb, so ergibt sich bei seiner Unselbständigkeit, daß es unmöglich ist, an ihm ein absolutes Herrschaftsrecht anzunehmen, weiter seine Unfähigkeit, Gegenstand der Jagd-

70) Grundbegriffe des Sachenrechts S. 36.
71) Schönfeld S. 267.
72) s. Schönfeld S. 267.
73) RG 68, 51.

pacht zu sein, da es als Gehalt, als Objekt des Sondervermögens des Jagdberechtigten ebensowenig Gegenstand eines obligatorischen Geschäftes sein kann, wie nach heutigem Recht das Vermögen.

dd) Als Ergebnis der bisherigen Ausführungen ergibt sich somit folgendes:

Das Jagdrecht ist ein dingliches Recht am Wilde.

Es steht als selbständiges Recht dem Grundeigentümer zu.

Gegenstand der Jagdpacht ist das Jagdrecht, dessen Frucht das erlegte Wild ist.

II. Nachdem bis hier zu den Fragen über das Jagdrecht und den Jagdpachtvertrag, soweit sie die Voraussetzungen zu dem Hauptgegenstand der Untersuchung in dieser Arbeit bildeten, Stellung genommen wurde, wird jetzt zu prüfen sein, ob sich aus der Rechtsordnung ein Unterlassungsanspruch für den Jagdpächter herleiten läßt. Dabei sollen zunächst die unserem BGB. als Schutz für Besitz und dingliche Rechte bekannten Unterlassungsansprüche herangezogen werden.

1. § 1004 BGB. gibt dem Eigentümer, wenn eine Beeinträchtigung seines Eigentums erfolgt ist, die Möglichkeit, weitere zu besorgende Beeinträchtigungen dadurch abzuwenden, daß er auf Unterlassung klagt. Faßt man das Jagdrecht als Eigentumsinhalt auf, dann ist jede Beeinträchtigung des Jagdrechts zugleich auch eine Beeinträchtigung des Eigentums. Aber auch wenn man auf dem hier vertretenen Standpunkt steht, kann eine Störung des Jagdrechts wohl zugleich eine solche des Eigentums sein. Dabei ist aber hier zu beachten, daß der Schutz des Jagdrechts von diesem Zusammentreffen mit dem Eigentum abhängig ist, er also nicht ein spezieller Schutz des Jagdrechts als solchen ist.

Wenn auch oben auf eine genaue Konstruktion des Jagdpachtvertrages verzichtet wurde, so kann in Erkenntnis dieses Fehlens doch das eine mit Bestimmtheit gesagt werden: Ist der Grundeigentümer, solange er Jagdberechtigter ist, nicht durch § 1004 geschützt, so kann es der Jagd-

pächter ganz sicher auch nicht sein, ganz gleichgültig, wie man sich seine Rechtsstellung näher vorstellt.

Danach kommt § 1004 in unmittelbarer Anwendung zur Begründung eines Unterlassungsanspruchs des Jagdpächters nicht in Frage.

Allerdings gibt es eine Entscheidung des OLG. Jena,[1]) nach der der Jagdpächter auf Grund des § 1004 geschützt wird. Die Ausführungen in dieser Entscheidung können aber nicht unangefochten bleiben. Nach der Feststellung, daß das Jagdrecht Ausfluß des Grundeigentums ist, wird der Schluß gezogen, daß das, was für den Eigentümer rechtens ist, auch für die Gemeinde billig sein muß, da dieser die Ausübung des Rechtes durch Gesetz übertragen ist.

Diese Beweisführung enthält die Vorstellung, daß man zwischen einem Jagdrecht und einem Jagdausübungsrecht unterscheiden müsse.

Diese Unterscheidung wird von mehreren Schriftstellern gemacht. So hat nach Pollwein[2]) im bayerischen Jagdrecht der Grundeigentümer an sich stets das Jagdrecht (Jagdnutzung), zugleich das Jagdausübungsrecht aber nur in den in Artikel 2 und 3 genannten Fällen. Sonst devolviert das Jagdausübungsrecht an die Gemeinde. Nur wenn Jagdrecht und Jagdausübungsrecht vereinigt sind, ist das Jagdrecht ein unbeschränktes und volles Recht.

Das hannoversche Jagdgesetz unterscheidet nach Stelling[3]) zwei Arten des Jagdrechts, das materielle Jagdrecht im objektiven Sinne und das subjektive, selbständige dem Grundeigentümer zustehende Recht auf Ausübung der Jagd, d. h. das Jagdausübungsrecht. Wo der Grundeigentümer kraft Gesetzes zugleich das Jagdausübungsrecht hat, fallen beide Jagdrechte zusammen. Dagegen wird das Jagdrecht zu einem absoluten, selbständigen Recht, d. h. zum Jagdausübungsrecht, wenn seine Ausübung auf einen anderen, insbesondere durch Verpachtung, übertragen wird.

Ebenso spricht Engländer[4]) davon, daß der Jagdpächter durch den Jagdpachtvertrag zunächst ein obligato-

1) in JW. 22, 233.
2) S. 29.
3) S. 79.
4) Diss. S. 25.

risches Recht erhält. Davon ist aber streng zu scheiden das Jagdausübungsrecht, das dem Jagdpächter durch ein Verfügungsgeschäft übertragen wird. Er gibt zwar zu, daß grundsätzlich in jedem subjektiven Recht auch die Befugnis enthalten ist, das Recht auszuüben. Dagegen bedeutet die Entziehung der Ausübung des Rechts noch nicht die Entziehung des Rechts selbst.[5]) Dafür führt er als Argument den § 835 BGB. an. Und das lehrt seiner Meinung nach auch die Geschichte, nach der den kleinen Grundbesitzern zwar nicht das Jagdrecht, aber doch das Jagdausübungsrecht entzogen wurde. Er führt dann die Entscheidung des RG.[6]) an, nach der der Jagdberechtigte kein dingliches Recht an dem in seinem Jagdgebiete befindlichen Wilde hat, das dem Jagdrecht entspringende ausschließliche Aneignungsrecht aber ein Vermögensrecht darstellt, dessen Verletzung aber, wie die eines jeden Vermögensrechtes, bestimmte Wirkungen äußert.[7])

Auch v. Brünneck[8]) spricht von einer durchgeführten Unterscheidung zwischen Jagdrecht und Recht der Jagdausübung,[9]) sieht aber das Recht der Jagdausübung, „wo sie nach der neueren Gesetzgebung einem anderen als dem Grundeigentümer zusteht", als bloß persönliches Recht an, da bei der Untrennbarkeit des Jagdrechts vom Grundeigentum das Bestehen eines anderen Rechts von dinglicher Art und Wirkung, das sich auf die Jagd bezieht, ausgeschlossen ist.

Nach derselben Richtung bewegen sich die Ausführungen Naglers.[10]) Die Rechtswissenschaft ist der durch die gesetzliche Neuordnung geschaffenen Rechtslage — nämlich der, daß nicht jeder Grundeigentümer auf seinem Revier jagen darf — dadurch gerecht geworden, daß sie von der „dinglichen" Jagdberechtigung, die dem Grundeigentümer zusteht, das Jagdausübungsrecht „als persönliche Gerechtsame" scheidet. Diese Auffassung von einem selbstän-

5) a. a. O. S. 26.
6) RG. Strafs. 39, 429.
7) Engländer S. 27.
8) Handwörterbuch S. 571.
9) ebenso Mitzschke S. 2.
10) S. 435, Note 2.

digen Jagdausübungsrecht ist da gerechtfertigt, wo sich der Jagdberechtigte der persönlichen Nutzung begeben hat und wo das Gesetz diese ihm genommen hat. Das abgeleitete Jagdrecht des Nichteigentümers ist eine persönliche, auf Ausübung des dem Grundeigentümer zustehenden Realrechts abzielende Berechtigung. Diese Jagdausübungsbefugnis stellt sich dem ursprünglichen Recht als die stärkere Potenz gegenüber und erschöpft dessen Inhalt fast ganz, was zur besonderen Folge hat, daß der jagende Grundeigentümer nicht nur seine obligatorische Pflicht verletzt, sondern vor allem widerrechtlich das „abgeleitete, aber durchaus verselbständigte Jagdrecht des Pächters".

Diese Auffassungen von einer Scheidung zwischen Jagdrecht und Jagdausübungsrecht müssen aber zurückgewiesen werden. Was das preußische Recht jedenfalls angeht, so findet sich in der Jagdordnung eine sprachliche Trennung dieser Begriffe nicht.[11])

Hierzu muß aber auch gesagt werden, daß, wenn durch die Rechtsordnung einem einzelnen ein Recht gewährt wird, er im Zweifel auch dazu ermächtigt wird, dieses Recht durch seine Ausübung zu verwerten. Deshalb kann man, wenn der Jagdberechtigte ermächtigt wird, den Inhalt des ihm verliehenen Rechts praktisch durch die Jagdausübung zu verwirklichen, diese Befugnis nicht als eine neben dem Aneignungsrecht stehende persönliche Berechtigung ansehen. Vielmehr ist die Ausübungsmöglichkeit nur ein Reflex des verliehenen Aneignungsrechts.

Man glaubt, diese Unterscheidung zwischen Jagdrecht und Jagdausübungsrecht machen zu müssen, um die gesetzliche Beschränkung, daß nicht jeder Eigentümer auf seinem Jagdgrundstück die Jagd ausüben darf, mit dem Grundsatz des Eigentümerjagdrechts in Einklang bringen zu können. Das Jagdausübungsrecht soll danach dem Grundeigentümer nur im Eigenjagdbezirk zustehen. Richtigerweise[12]) wird man aber sagen müssen, daß in den Fällen, wo das Gesetz dem Eigentümer das Jagdrecht gibt, ihm aber zugleich jede Ausübung desselben verbietet, diesem das Jagdrecht fehlt. Auf den Grundstücken des gemeinschaftlichen Jagdbezirks

11) eine solche findet sich allerdings in § 835 BGB.

12) vergl. Wolff § 80 V; Schumann S. 30; Liszt-Schmidt § 134 I2.

hat dann die Jagdgenossenschaft das Jagdrecht, der Grundeigentümer nur ein Mitgliedschaftsrecht.

Anders ist es in den Fällen, wo der Jagdberechtigte die Jagd verpachtet. Hier überträgt er die Ausübung seines Rechts teilweise auf den Pächter, bleibt aber selbst weiter im Genuß seines Jagdrechts, indem er z. B. den Pachtzins als Frucht seines Jagdrechts einzieht.

Da nach unserer Auffassung die Ansicht, daß der Gemeinde durch Gesetz die Ausübung der Jagd übertragen sei, zurückzuweisen ist, kann auch eine Gleichstellung zwischen dieser und dem Jagdpächter, wie sie das OLG. macht, nicht in Frage kommen.

Mag auch der Jagdpächter, indem ihm der Genuß der Früchte durch ein Verfügungsgeschäft übertragen wird,[13]) insoweit die rechtliche Stellung des Jagdberechtigten erlangen, so läßt sich doch sein Unterlassungsanspruch nicht auf § 1004 stützen. Da nämlich das Jagdrecht nicht ein Teil des Eigentumsinhalts des Eigentümers, sondern ein neben dem Eigentum ihm besonders zustehendes Recht ist,[14]) so kann auch dem Pächter das Jagdrecht nicht als ein Recht übertragen sein, das einen Ausfluß aus dem Eigentum des Jagdpächters darstellt.

Somit gewährt der § 1004 in seiner unmittelbaren Anwendung dem Jagdpächter keinen Schutz.

2. § 862 gibt dem Besitzer einer Sache einen Unterlassungsanspruch. Will man den Jagdpächter mit diesem Paragraphen schützen, dann ist dafür Voraussetzung, daß er Sachbesitzer ist. In der Tat wird dies vielfach angenommen.[15])

Ebner[16]) begründet einen Sachbesitz des Jagdpächters damit, daß die Jagdberechtigung als untrennbarer Bestandteil des Grundstücks nur auf einem solchen ausgeübt werden könne, daß daher der Besitz des Grundstücks mit der Jagdberechtigung verbunden sei und insoweit auf den Jagdpäch-

13) siehe darüber die Ausführungen weiter unten.

14) siehe oben S. 12, 13.

15) so von Ebner S. 84, Dickel S. 1054, v. Seeler Festgabe II S. 351 und Ebner in Gruch. 55, 741, v. Brünneck Gruch. 57, 366.

16) Jagdrecht S. 84, in Gruch. 55, 741, ähnlich auch Dickel S. 1054, Brünneck Gruch 57, 366.

ter übergehe, als es zur Jagdausübung nötig sei. In bezug auf die Jagd sei der Pächter unmittelbarer und der Verpächter mittelbarer Besitzer, im übrigen der Verpächter unmittelbarer Besitzer.

Von Seeler sieht in der Gestattung der Jagdausübung eine Überlassung des Grundstücks im Sinne von § 571.[17]) Wenn auch der Jagdpächter nur einen Mitbesitz am Grundstück erlange, z. B. in dem Fall, wo der Jagdberechtigte das Grundstück an einen Dritten verpachtet, so findet § 571 Anwendung. Er begründet einen Sachbesitz des Jagdpächters mit den verschiedenen Ausübungshandlungen, die der Jagdpächter auf dem Grundstück vornehmen darf. Weiterhin spreche für einen Sachbesitz auch die Auffassung der an der Jagdpacht beteiligten Rechtsgenossen, nach der der Jagdpächter als eine im Mitbesitz befindliche Person erscheine. Ferner sei für den Jagdpächter im Falle der Beeinträchtigung seiner Jagdausübung von seiten Dritter eine Klage aus § 823 nur bei einer Annahme der Verletzung seines Besitzes begründet, da die Jagdpacht nur ein obligatorisches Verhältnis sei.

Diese Auffassungen von einem Sachbesitz sind zurückzuweisen. Nach der richtigen, oben Seite 20 vertretenen Meinung ist Gegenstand des Jagdpachtvertrages das Jagdrecht. Da nach § 581 der Pächter den Gebrauch des gepachteten Gegenstandes erhält, so ist bei einer Rechtspacht notwendig, daß der Pächter den Gebrauch des verpachteten Rechts erhält. Es wird ihm aber nicht, falls nicht besonders etwas anderes vereinbart ist, das Grundstück verpachtet und ihm der Besitz des Grundstückes überlassen. Das Grundstück dient, da es nicht Objekt der Jagdpacht ist, nur zur räumlichen Bestimmung des verpachteten Jagdrechtes, ebenso wie die Pachtfrist das Recht zeitlich begrenzt. In dem Anzeigen der Grenzen des Jagdgrundstücks darf nicht eine Übergabe gesehen werden, sondern es dient nur zur Bestimmung des Raumes, auf dem das Aneignungsrecht ausgeübt werden darf.[18])

---

17) S. 349.

18) ebenso Ennecc. § 357 Anm. 7; Frommhold Iher. J. B. 53, 204; Behr S. 69; Mitzschke S. 16; Pollwein S. 23.

Die Frage, ob der Jagdpächter Besitz am Grundstück hat, verneint Engländer,[19]) ohne auch nur im mindesten auf den Besitzbegriff einzugehen. Er meint nur, es sei gleichgültig, ob man annehme, das Jagdrecht sei Ausfluß des Eigentums oder ein neben dem Eigentum stehendes selbständiges Recht, in jedem Falle komme man zu dem Ergebnis, daß der Pächter keinen Besitz am Jagdgrundstück habe.

Für eine genaue Entscheidung der Frage, ob der Jagdpächter Sachbesitz am Grundstück erlangt, erweist es sich als notwendig, vom Besitzbegriff auszugehen und diesen näher zu untersuchen.

„Normaler Besitztatbestand ist die tatsächliche Sachherrschaft oder tatsächliche Gewalt." [20])

Die tatsächliche Gewalt über die Sache bedeutet im römischen Recht die Gewalt über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen.[21]) Entscheidend ist, ob derjenige, der die Sache hat, die volle Macht über sie erlangt oder ob sie noch der Einwirkung eines anderen unterliegt. Ob nun das eine oder das andere vorliegt, kann nur nach der Verkehrsauffassung beurteilt werden. Derjenige dagegen, der die Sache in einer einzelnen Beziehung oder in mehreren oder vielen einzelnen Beziehungen in der Gewalt hat, ist nicht juristischer Besitzer.

Weil nun das Eigentumsrecht das Recht ist, eine Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen zu eigen zu haben, so können auch die zum juristischen Besitz erforderliche Gewalt und der Aneignungswille als die Gewalt und der Wille bestimmt werden, wie der Eigentümer sie haben darf. Der Besitz ist danach „das tatsächliche Abbild des Eigentums".[22])

Daraus ergibt sich, daß, wenn eine Sache schon der Gewalt eines anderen unterliegt, zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt über dieselbe die Beseitigung der bestehenden tatsächlichen Gewalt nötig ist, sei es mit oder ohne Willen ihres Inhabers.

---

19) Diss. S. 6, 7.
20) so Wolff § 5.
21) Windelscheidt-Kipp § 149.
22) Windelscheidt-Kipp § 149 Anm. 5.

Nach dem Wortlaut des BGB. (§ 854) wird der unmittelbare Besitz einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über sie erworben.

Das Gesetz hat den Begriff der tatsächlichen Gewalt nicht bestimmt. Es müßte also der Feststellung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben, zu untersuchen, was tatsächliche Gewalt ist. Indes sind alle solche Untersuchungen mißlungen. Der Begriff der tatsächlichen Gewalt ist nämlich ein elementarer Begriff.[23]) Ein solcher gibt zwar für andere Begriffe den Grund, ist aber selber entweder in den Grenzen einer bestimmten wissenschaftlichen Betrachtungsweise oder überhaupt einer Begründung nicht fähig. „Tatsächliche Gewalt" ist ein Ausdruck für ein im Leben in höchst mannigfaltiger Weise in Erscheinung tretendes Gebaren, das von den im Verkehr herrschenden Anschauungen abhängig ist.

Ob also eine tatsächliche Sachherrschaft gegeben ist, entscheidet die „Lebensauffassung".[24])

Die Lebensauffassung verlangt in erster Linie, wenn eine tatsächliche Sachherrschaft vorliegen soll, stets eine „gewisse Festigkeit der Beziehung" zwischen dem Beherrschenden und der beherrschten Sache.[25])

Was nun die Prüfung der Frage, ob der Jagdpächter Sachbesitz am Jagdgrundstück erlangt, angeht, so wird man von der äußerlich erkennbaren, tatsächlichen Tätigkeit des Jagdpächters auszugehen haben. Daraus, daß er zur Sicherung eines dauernden Jagdertrages auch in der Regel für die Hege des Wildes tätig wird und mit Rücksicht darauf Kanzeln, Hütten und Futterplätze auf dem Grundstück errichtet und insofern äußerlich sichtbar auf das Grundstück einwirkt, auf einen Sachbesitz schließen zu wollen, ist doch bei genauerer Prüfung abzulehnen. Trotz diesen Einwirkungen auf das Grundstück liegt die von der Lebensauffassung verlangte Festigkeit der Beziehungen zwischen dem Jagdpächter und dem Grundstück nicht vor. Eine solche kann allerdings dann vorhanden sein, wie sie auch das Reichsgericht und Kammergericht[26]) bejaht haben, wenn das

23) s. Wolff § 5 III.

24) so heute die h. L., s. statt aller Wolff § 5 III, Gierke § 115 II.

25) s. Wolff § 5 III 1.

26) R. G. 70, 70; 98, 102; 107, 291; OLG. 13, 386.

Grundstück eingehegt ist und jede andere Nutzung desselben ausgeschlossen ist.

Ferner richtet sich das Urteil der Lebensauffassung danach, was ihr als die Rechtslage erscheint, auf der das räumliche Verhältnis zwischen der Person und der Sache beruht.[27])

Dazu ist zu sagen, daß bei einer Verpachtung einer Jagd im allgemeinen nicht der Besitz am Grundstück eingeräumt erscheint, es sei denn, daß dies besonders vereinbart wurde. Regelmäßig besteht für das gemeine Bewußtsein keine Sachherrschaft des Jagdpächters über das Grundstück. Nach der Verkehrsanschauung scheint dem Jagdpächter vielmehr nur das Recht verliehen zu sein, das Grundstück zum Zwecke der Jagdausübung zu betreten.

Die Einwirkungen auf das Grundstück, die der Jagdpächter zum Zwecke der Hege des Wildes vornimmt, stellen nur Maßnahmen dar, die der besseren Erreichung des Haupt- und Vertragszweckes, nämlich der Jagdausübung, dienen. Sie richten sich viel weniger auf eine tatsächliche Beherrschung des Grundstückes als auf die Erlangung des Wildes, das seinen Aufenthalt von einem Grundstück auf das andere stetig verändert.

Man wird also abschließend sagen müssen: Wohl kann der Jagdpächter in einzelnen Fällen Besitzer des Grundstücks sein, im Regelfalle ist er es aber nicht.[28])

Wenn aber ein Fall gegeben ist, wo er den Besitz hat, so ist der damit gewährte Schutz immer noch nicht als ausreichend zu bezeichnen. In den meisten Fällen wird nicht ein umschlossenes Jagdgelände vorliegen, so daß man ihn als alleinigen Besitzer bezeichnen könnte. Es wird vielmehr meist neben ihm der Grundeigentümer oder der Grundstückspächter unmittelbaren Besitz am Grundstück haben. Der Besitzschutz steht dann dem Jagdpächter als Mitbesitzer gegenüber Störungen, die von diesen Personen ausgehen, nicht zu (§ 866). Ferner muß nicht jede Störung in der Ausübung der Jagd auch eine Besitzstörung sein,

---

27) s. Wolff § 5 III 4 b.

28) so Wolff § 81 VI 3, Raape Jh. JB. 74, 197, Ludewig JW. 1924 S. 775, Lange S. 312.

z. B. wenn jemand die Befugnis hat, sich auf dem Grundstück aufzuhalten.

Man sieht also: Einmal genießt der Jagdpächter nicht immer Besitzschutz, dann ist auch dieser Schutz nicht ausreichend.

3. Wenn sich somit aus dem § 1004 kein Unterlassungsanspruch für den Jagdpächter ergibt, der Anspruch aus § 862 auch nur in einzelnen besonderen Fällen gegeben ist, so ist zu erwägen, ob diese Vorschriften nicht etwa Wegweiser sein können, um einen Schutz des Jagdpächters unserer Rechtsordnung im Ganzen zu entnehmen, mit anderen Worten, ob in ihnen vielleicht ein allgemeiner Grundsatz zum Ausdruck kommt, aus welchem dann auch der erstrebte Schutz des Jagdpächters herzuleiten ist.

Es zeigt sich, daß diese Vorschriften durchaus nicht vereinzelt dastehen. Zunächst ist in den Bestimmungen des Sachenrechts mehrfach auf sie verwiesen (§§ 1027, 1029, 1090, 1065, 1227), so daß den meisten der im Sachenrecht des BGB. geordneten dinglichen Rechte der Schutz durch eine Unterlassungsklage zukommt. Ferner aber finden sich in anderen Gesetzen eine Reihe von Vorschriften, die Unterlassungsansprüche gegenüber Rechtsverletzungen kennen, z. B. HGB. § 37, UWG. §§ 1, 14, 16.

Betrachtet man einmal näher die erwähnten Parallelbestimmungen hinsichtlich des Gegenstandes, dem sie Schutz gewähren, so zeigt sich, daß sie durchweg dem Wesen nach gleiche Rechte schützen. Den Rechten allen ist gemeinsam, daß sie eine Herrschaft eines Rechtssubjektes über ein Rechtsgut im weiteren Sinne enthalten. Eine solche Herrschaft eines Rechtssubjekts aber ist nur vorhanden, wenn sie allen Dritten gegenüber besteht. Das bringt das Gesetz eben darin zum Ausdruck, daß es Rechtsbehelfe gegenüber Störungen gibt.

An allen diesen zur Betrachtung stehenden Rechtsgütern hat ihr Inhaber ein „sachenartiges, gegen jeden Dritten wirkendes Recht“ in der Art des Eigentums, das das Vorbild darstellt für alle subjektiven Rechte an einem Rechtsgut.[29])

29) vgl. RG 74, 381.

Die Rechtswissenschaft hat das System der subjektiven Rechte geschaffen und für die Rechte, bei denen dem Einzelnen von der Rechtsordnung eine Willensmacht über ein Rechtsobjekt im Gegensatz zu anderen Rechtsgenossen verliehen ist, den Begriff des absoluten Rechtes geschaffen. Wenn man also ein Recht antrifft, welches das Merkmal aufweist, daß es die Herrschaft eines Rechtssubjekts über ein Rechtsobjekt im Gegensatz zu allen anderen Rechtsgenossen aufweist, da wird man es auch unter den Begriff des absoluten Rechts bringen. Dann kommt ihm auch der Schutz zu, welchen das geschriebene Recht den unter diesem Begriff zusammengefaßten Rechten gegeben hat.

So hat man den Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß absolute Rechte in der Form der Unterlassungsklage gegen Störungen durch Dritte zu schützen sind.

Das Reichsgericht ist in seiner Rechtsprechung in der Gewährung einer Unterlassungsklage sogar noch über die absoluten Rechte hinausgegangen. Auch auf andere Weise hat man die Unterlassungsklage allgemein einzuführen gesucht. Es ist aber scharf zu scheiden, ob sie als Schutz absoluter Rechte dienen soll oder als Schutz anderer Rechtsgüter. Daher hat sich auch hier die Untersuchung zunächst auf die Anwendungsmöglichkeit der Unterlassungsklage hinsichtlich absoluter Rechte zu beschränken.

Vorweg ist zu sagen, daß die Unterlassungsklage als gemeinsamer Schutz absoluter Rechte wohl als einhellig anerkannt bezeichnet werden darf.[30])

Daß das Jagdrecht ein absolutes Recht ist, geht aus den oben Seite 6 ff. gemachten Ausführungen hervor.

Ob aber auch der Jagdpächter ein absolutes Recht hat, bedarf erst näherer Untersuchungen. Wenn oben der Jagdpachtvertrag den Pachtvorschriften des BGB. unterstellt wurde, so ergibt sich daraus, daß er zunächst obligatorischer Vertrag ist. Jeder Pachtvertrag enthält aber ferner eine Verfügung, da die Gewährung des Fruchtgenusses, zu der der Verpächter verpflichtet ist, nur durch eine Verfügung geschehen kann.[31]) Ob der Pächter durch die Verfügung

30) RGR. Komm. 7 zu § 1004, Enneccerus § 465 I 1, von Tuhr I S. 153, Mannhardt in DJZ. 03, 416, Oertmann DJZ. 04, 616, Hellwig System I § 104, Lobe in gew. Rechtsschutz 1917 S. 15 f. Salinger Gruch. 64, 263 ff.

31) Vgl. Wolff § 77 IV 3.

ein absolutes Recht erlangt, ist beim gewöhnlichen Grundstückspachtvertrage für seinen Schutz nicht so erheblich, da der Pächter Besitzschutz genießt. Beim Jagdpachtvertrage ist es aber von größerer Bedeutung, da sich hieraus bei dem festgestellten Mangel eines Sachbesitzschutzes vielleicht ein Unterlassungsanspruch aus erlangtem absoluten Recht ergeben kann.

a) Die Pacht ist in ihrer Grundform ein schuldrechtliches Verhältnis. Was die Erlaubnis der Aneignung der Früchte angeht, so wird diese als ein Gestattungsgeschäft nach § 956 angesehen. Durch das Gestattungsgeschäft erwirbt der Berechtigte ein Aneignungsrecht. Der Gestattungsempfänger erlangt auf Grund dieses Rechts, wenn ihm der Besitz der Muttersache überlassen ist, das Eigentum an den Früchten durch Trennung, sonst mit der Besitzergreifung.

Die Rechtsgeschäfte werden nach ihrer Wirkung in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte eingeteilt. Man versteht unter letzteren diejenigen Rechtsgeschäfte, durch die ein Recht unmittelbar übertragen, belastet oder geändert wird. Als Objekt der Verfügung sieht das Gesetz den Gegenstand an. Somit ist das Verfügungsgeschäft ein Rechtsgeschäft, durch das die Rechtslage eines Gegenstandes unmittelbar geändert wird. In klarem Unterschied zu diesem wird durch das Verpflichtungsgeschäft dem Berechtigten nur der Anspruch auf diese Änderung gegeben.

§ 956 regelt den Eigentumserwerb an Erzeugnissen und Bestandteilen. Eigentümer soll derjenige werden, dem der Erwerb vom Eigentümer der Muttersache gestattet ist. Was die rechtliche Konstruktion dieses Eigentumserwerbs betrifft, so wird unter Berufung auf die Motive vielfach angenommen, daß der Eigentumserwerb seinen Rechtsgrund in der dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang im Sinne von § 929 habe.[32])

Die Motive[33]) meinen, es finde im Falle des § 956 ein Eigentumsübergang statt und Eigentum an beweglichen Sachen könne nur durch Einigung und Übergabe übertra-

32) so z. B. Staud. § 956 II 6, Zitelmann, Iher. J. B. 70, 35 und 44 Kreß S. 303, RG. 78, 35.

33) III. S. 367.

gen werden. Sie konstruieren einen Traditionsvertrag, indem sie die Überlassung des Besitzes an der Muttersache als eine Traditionsofferte aufstellen und in der Fortsetzung der Innehabung zur Zeit der Trennung die Annahme der Offerte mittels konkludenter Handlung sehen.

Dagegen ist zu sagen, daß der Besitzer auch dann durch Trennung Eigentum erwirbt, wenn die Innehabung ohne oder gar gegen seinen Willen fortgesetzt wird.[34]) In diesem Fall kann wohl von Annahme durch konkludente Handlungen nicht gesprochen werden.

Dasselbe muß auch gegen die Annahme vorgebracht werden, daß nicht die Fortsetzung der Innehabung, sondern die Trennung der Früchte die Annahme der Traditionsofferte enthalte,[35]) da der Eigentumserwerb auch bei Trennung durch Sturm oder Diebe eintritt.

Andere[36]) sehen im § 956 eine Verfügung über zukünftige Rechte, da durch Vertrag mit hinzutretender Besitzüberlassung an der Hauptsache über zukünftige und entstehende Erzeugnisse verfügt werde.

Auch diese Auffassung ist zurückzuweisen. Die Motive hatten schon richtig erkannt, daß die Übereignung und die Trennung oder Besitzergreifung erst stattfinden, wenn die Erzeugnisse schon entstanden sind. Zu beachten ist weiter, daß der § 956 seine Stellung im Gesetz nicht als Sonderfall des § 929, sondern unter den originären Erwerbsarten gefunden hat.[37])

Richtiger erscheint die Annahme,[38]) daß durch die Gestattung ein „Anfallsrecht" begründet wird.[39]) Bei dem Erwerb durch Besitzergreifung ist dieses Recht ein Aneignungsrecht, im Fall des Erwerbes durch Trennung ein Anfallsrecht. Während das Aneignungsrecht des § 954 auf einem dinglichen Recht beruht, findet das Anfallsrecht des

---

34) Dies eingewendet von Tuhr DJZ. 04, 427.

35) so Biermann Bem. 3 zu § 956.

36) Kohler Arch. f. bürgerl. Recht 18, 107, Biermann § 956 Bem. 3 für den Fall der Besitzübertragung an der Hauptsache.

37) geltend gemacht von v. Blume a. a. O, S. 434.

38) so ähnlich Gierke II 592; Stobbe-Lehmann II 1, 597; Hellmann in Recht 01, 417.

39) s. Wolff § 77 Anm. 18, Anfallsrecht, weil unter Aneignung immer eine Handlung gemeint ist, die hier nicht erforderlich zu sein braucht.

§ 956 seinen rechtlichen Grund in der Gestattung, nicht in dem obligatorischen Vertrag, der nur z. B. die im § 956 Abs. 1, Satz 2 bezeichnete Pflicht erzeugt. Das Anfallsrecht ist ein Recht, auf Grund dessen der Gestattungsempfänger die Früchte auf originäre Art erwirbt.

Daß es sich bei der Aneignungsgestattung im § 956 um eine Verfügung handelt, ergibt sich daraus, daß die Erfordernisse eines Verfügungsgeschäfts erfüllt sind. Es handelt sich um einen Gegenstand — das Fruchterwerbsrecht — und durch seine Übertragung an den Gestattungsempfänger wird die Rechtslage dieses Fruchterwerbsrechts unmittelbar geändert, insofern als das Anfallsrecht jetzt beim Gestattungsempfänger liegt.[40])

Ist der Gestattungsempfänger im Besitze der Muttersache, so entsteht durch die Gestattung ein dingliches, gegen jeden Dritten wirkendes Recht auf den Erwerb der Früchte, das wie jedes dingliche Recht ein Verbot gegen jedermann enthält.[41])

b) Was die rechtliche Stellung des Jagdpächters anlangt, so hat sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts in mehreren Entscheidungen dahin geäußert, daß der Jagdpächter durch den Jagdpachtvertrag nicht bloß obligatorische Ansprüche erhalte. Über den Schutz des Jagdpächters hat sich das Reichsgericht allerdings nicht näher ausgesprochen.

In der Entscheidung RG. 41, 349 ist von einer zweifachen Verpachtung der Jagd auf einem Grundstück die Rede und das Reichsgericht kommt zu der Entscheidung, daß der zweite Pächter nicht jagdberechtigt sei, sondern nur Ansprüche aus dem Pachtvertrage erlangt habe. Als Begründung hierfür wird angegeben, daß der erste Pächter aus dem Jagdpachtvertrage nicht nur obligatorische Ansprüche erlangt habe, sondern daß ihm für die Pachtzeit das Jagdrecht als ein quasi-dingliches Recht übertragen sei, das in der ausschließlichen Befugnis zur Verfolgung und Gewinnung des Wildes in dem ihm verpachteten Jagdbezirke bestehe.[42])

Ähnlich sind die Ausführungen in Bd. 52, 128. Hier wird allerdings vorsichtig gesagt, daß das Jagdpachtrecht

---

40) vgl. Seydel S. 48.

41) vgl. Seydel S. 33.

42) ebenso Born S. 94, Behr S. 153, Delius S. 120.

kein dingliches Recht sondern wesentlich obligatorischer Natur sei, dann aber doch eingeräumt, daß es insoweit quasi-dinglichen Charakter habe, als es dem Jagdpächter das Recht auf den Eigentumserwerb an dem Wilde durch Okkupation gebe.

In Entscheidung Bd. 70, 73 äußert sich das Reichsgericht dahin, daß sich der Grundeigentümer durch die Verpachtung der Jagd des Jagdnutzungsrechtes begebe und das Aneignungsrecht nunmehr dem Pächter zustehe.

Ähnliche Äußerungen finden sich in der Literatur. So meint Dalcke,[43]) daß das Jagdpachtrecht wesentlich obligatorischer Natur sei, wenn auch insoweit quasi-dinglichen Charakter habe, als es dem Jagdpächter das Recht auf den Eigentumserwerb an dem Wilde gebe.

Ebner[44]) ist der Ansicht, daß der Pächter für die Dauer des Vertragsverhältnisses die Jagdberechtigung erlange als „ein dem dinglichen ähnliches Recht" zur Ausübung in dem verpachteten Bezirk, nicht bloß obligatorische Ansprüche dahin, daß der Verpächter ihm die Ausübung der Jagd gestatte.

Auch Dickel[45]) bezeichnet das Recht des Jagdpächters als Aneignungsrecht und demgemäß ein dingliches, mindestens ein quasi-dingliches Recht.

Es kann nicht verhehlt werden, daß die eben erwähnten Äußerungen der Rechtsprechung und Literatur nicht voll zufrieden stellen. Einmal ist der Ausdruck „quasi-dinglich" gewiß nicht klar genug, des weiteren wird nicht deutlich genug gesagt, wieso der Jagdpächter ein solches quasi-dingliches Recht erhält. Es wird auch nirgends erwähnt, wie sich diese Annahme mit der Vorschrift des § 2 Abs. 2 JO. verträgt, nach der das Jagdrecht vom Grund und Boden als dingliches Recht nicht getrennt werden kann. Diese Fragen müssen aber genau geklärt sein, sollte man obige Ausführungen ohne weiteres anerkennen dürfen.

43) S. 40.
44) Jagdrecht S. 79; ebenso JW 1909 S. 48.
45) Forst-Zivilrecht S. 585.

c) Kern gibt in einer Anmerkung[46]) zu einer Entscheidung des Oberlandesgerichtes Jena, die dem rechtmäßigen Pächter einer Jagd gegen sein Jagdrecht verletzende Dritte eine vorbeugende Unterlassungsklage gibt, eine m. E. treffendere Begründung. Er meint, man müsse scharf trennen zwischen dem Jagdpachtvertrag, der den Verpächter obligatorisch verpflichte, dem Pächter auf bestimmte Zeit die Jagdausübung zu gestatten, und dem Jagdausübungsrecht, das der Verpächter dem Pächter „auf Grund des obligatorischen Jagdpachtvertrages durch ein nach außen allerdings nicht in Erscheinung tretendes Verfügungsgeschäft" übertragen habe. Der Jagdpachtvertrag sei immer ein obligatorischer Vertrag und bekomme dadurch keine „quasi-dingliche" Natur, daß dem Pächter das Eigentumserwerbsrecht an dem Wilde gewährt werde. Das Jagdausübungsrecht aber, einerlei ob es noch beim ursprünglich Berechtigten liege oder durch Vertrag auf einen andern übertragen sei, sei ein absolutes Recht der ausschließlichen Aneignung.

Ebenso äußert sich Lange,[47]) daß die Jagdbefugnis des Pächters das ausschließliche Aneignungsrecht an dem Wilde enthalte, das gegen jeden, auch den Eigentümer des Grundstückes, wirke und dieses Rechtes begebe sich der Jagdeigentümer durch rechtgeschäftliche Verfügung, die zwar nicht äußerlich, aber begrifflich von dem obligatorischen Jagdpachtvertrage zu unterscheiden sei.

Aber auch hier vermißt man eine nähere Begründung, die restlos die Konstruktion einer solchen Rechtsstellung des Jagdpächters aufklärt und so voll befriedigen könnte.

Allen bisherigen Ausführungen ist das gemeinsam, daß sie den Jagdpachtvertrag nicht nur für einen Rechte und Pflichten begründenden Vorgang halten, sondern, nebenher gehend oder darin enthalten, eine Verfügung sehen, die dem Jagdpächter ein dingliches oder quasi-dingliches, jedenfalls ein ausschließliches Aneignungsrecht gibt.

d) Zu einem solchen Ergebnis kommt auch Raape,[48]) dessen Erörterungen etwas eingehender zu behandeln sein werden, da sie, soweit festgestellt werden konnte, die einzi-

46) JW 1922, S. 233 Anm. 8.
47) Gruch. 69, 318.
48) Iher. Jahrb. Bd. 74, 179 ff.

gen sind, die näher auf die Rechtsstellung des Jagdpächters bei besonderer Berücksichtigung der neben dem obligatorischen Vertrage hergehenden Verfügung eingehen. Während von den oben angeführten nichts darüber gesagt wurde, ob die Übertragung des Aneignungsrechtes die Bedeutung habe, daß der Grundeigentümer sein Jagdrecht vollständig übertrage und wie sich das mit der Vorschrift der Jagdordnung (§ 2 Abs. 2) verträgt, führt Raape eingehend aus, daß der Jagdpächter ein eigenes Recht, die „Jagdbefugnis", erlange,[49]) ohne daß aber der Grundeigentümer das Jagdrecht verliere.[50])

Nachdem Raape als unstreitig voranstellt, daß der Jagdpächter das Recht zur Aneignung des Wildes erlangt, kommt er zu dem eben genannten Ergebnis auf dem Wege, daß er die Einräumung dieses Rechtes neben die Aneignungsgestattung des § 956 BGB. stellt.[51]) Allerdings unterscheidet sich die Aneignungsgestattung an den Jagdpächter von der des § 956 dadurch, daß der Gestattende nicht Eigentümer der anzueignenden Sache ist, sondern selbst an ihr nur ein Aneignungsrecht hat. Darin seien sich aber beide gleich, daß sie Verfügung sind.[52]) Daß die Jagderlaubnis Verfügung ist, folgert er daraus, daß dem Jagdpächter dieses Aneignungsrecht nur der Jagdberechtigte gewähren kann. Jede Willenserklärung aber, „deren Wirksamkeit durch eine gewisse Rechtszuständigkeit bedingt ist", ist Verfügung.[53])

Durch diese Verfügung erhält der Empfänger ein besonderes Recht. Raape wendet sich gegen die Ansicht, daß bei jedem Miet- oder Pachtvertrag jede Gebrauchsüberlassung nur ein schuldrechtlicher Vorgang sei, wonach der Mieter nur ein Recht auf fremdes Verhalten erlange, vielmehr erhalte er ein Recht zu eigenem Verhalten, ein „Gebrauchsrecht". Da ihm dieses nur der Eigentümer gewähren kann, ist diese Gebrauchsüberlassung Verfügung.[54]) Es entsteht für den Mieter ein Recht zu eigenem Verhalten,

49) S. 206.
50) S. 256.
51) S. 189.
52) für § 956 anerkannt von Wolff. § 77 IV 3.
53) Raape S. 190.
54) so auch in Iherings Jahrb. Bd. 71, 103.

allerdings ein „relatives", genauer ein „unselbständiges oder abhängiges".[55])

Ebenso erhält der Jagdpächter die Jagdbefugnis als ein Darfrecht, und diese Verleihung steht neben dem obligatorischen Vertrage als Verfügung.

Raape führt dann aus, daß die Jagdberechtigung ein abhängiges Recht sei, aber trotz dieser Abhängigkeit „ein wahrhaftes Recht, das neben dem Mutterrecht steht. Nicht sein Dasein, sondern nur seine Dauer wird durch seine Unselbständigkeit berührt".[56]) Hier stellt sich Raape ausdrücklich gegen die Auffassung von einer Verleihung eines solchen unselbständigen Rechts nur als einer Ausübungsüberlassung. Dazu wird noch Stellung zu nehmen sein.

Besonders interessiert hier, welchen Schutz Raape auf Grund seiner Auffassung dem Jagdpächter gibt. Zunächst gibt er ihm indirekten Besitzschutz, gesteht aber zu, daß er nicht ausreichend sei (Seite 215). Ferner schützt ihn § 823 Abs. 2. Die Schutznorm ist § 292 StGB. Wenn auch nicht immer der Schluß von der Unterlassungspflicht auf einen Anspruch auf Unterlassen zulässig sei, so seien doch hier keine Bedenken. Er bekennt sich also hier insoweit zu der später noch zu erwähnenden Auffassung des Reichsgerichts über die Unterlassungsklage (Seite 216, 217).

Freilich verbietet nach seiner Ansicht § 292 StGB. nicht jeden Eingriff in das Jagdrecht, aber aus der allgemeinen Pflicht zur Unterlassung strafbarer Eingriffe sei die Pflicht zur Unterlassung jeglicher Eingriffe zu folgern. Aus diesem m. E. nicht unbedenklichen Schluß folgert Raape dann weiter, daß man eine so geschützte Befugnis wohl ein absolutes Recht nennen könne, im Sinne des Schutzes gegen Jedermann. Andererseits sei es relativ (Seite 218).

Dieses Recht gehört unter die sonstigen Rechte des § 823 Abs. 1. Nach herrschender Meinung sind darunter nur absolute Rechte zu verstehen, es ist aber möglich, daß das „absolut" sich nur auf die Art ihres Schutzes bezieht (Seite 220). Es bedeutet die durch allgemeines Verbot geschützten Rechte. Also hat der Jagdpächter aus diesem absoluten Recht einen Unterlassungsanspruch, der sich freilich schon aus der schutzgesetzlichen Norm herleiten läßt (S. 234).

55) Iher. Jahrb. Bd. 74, 191.

56) Seite 213.

Die Jagdbefugnis ist also für Raape ein absolutes, wenn auch unselbständiges Recht, dessen Mutterrecht das Jagdrecht des Grundeigentümers ist. Die Schaffung dieses Rechtes stellt sich Raape als Ausscheidung des wichtigsten Bestandteiles aus dem Rechtsinbegriff des Jagdrechtes vor (Seite 251).

Diese Ausscheidung muß man von der Belastung unterscheiden, obwohl auch bei dieser ein Teil ausgeschieden wird, der aber bei der Belastung selbständig und unabhängig von einer Verfügung über das Mutterrecht wird. Bei der Ausscheidung aber wird zwar ein Teil ausgeschieden und zu einem wirklichen Recht erhoben, bleibt aber doch abhängig, was sich bei einer Übertragung des Mutterrechtes zeigt. Die Übertragung dieses, nämlich des Jagdrechtes, kann nur zusammen mit dem Grundstück geschehen. Wenn dieses übertragen wird, dann hat der neue Eigentümer das volle Jagdrecht.

Unzweifelhaft sind die Ausführungen von Raape logisch haltbar und führen zu einem brauchbaren Ergebnis insofern, als der Jagdpächter ein absolutes Recht hat und ihn eine Unterlassungsklage schützt.

e) Es soll, bevor hier endgültig Stellung genommen wird, noch ein anderer rechtlicher Begriff untersucht werden, der ebenfalls beim Jagdpachtvertrage verwendet wird, nämlich die Übertragung der Ausübung von Rechten. Es wird hier besonders interessieren, ob man unter Verwendung dieses Begriffs dazu gelangt, ein absolutes Recht des Jagdpächters anzuerkennen. Den Ausdruck Übertragung der Ausübung des Jagdrechtes genau oder doch ähnlich gebrauchen Wolff,[57]) Kern,[58]) Ludewig,[59]) v. Brünneck,[60]) Dickel,[61]) Kammergericht.[62])

Die Übertragung oder Überlassung der Ausübung von Rechten stellen v. Tuhr[63]) und Hirsch[64]) streng in

57) § 80 V.
58) JW. 1922 S. 233.
59) JW. 1924 S. 775.
60) Arch. Bd. 48, 105.
61) Forst. Ziv.-R.. S. 585.
62) bei Ebner Verw. Arch. Bd. 20, 357.
63) v. Tuhr Bd. II, 1, 70.
64) S. 179.

Gegensatz zur konstitutiven Rechtsübertragung. Letzterer gibt[65]) als Unterschied an, daß die Ausübungsberechtigung dauernd, das abgeleitete Recht nur in seiner Entstehung vom Mutterrecht abhängig sei. Der Ausübungsberechtigte hat den Rechtsgenossen gegenüber keine Macht,[66]) übt nicht eigenes, sondern nur das Mutterrecht aus.[67]) Er tritt nicht an die Stelle des Trägers des Rechtes, sondern nur neben ihn. Letzterer kann trotz der Ausübungsüberlassung auch selbst das Recht ausüben.[68])

Im BGB. wird von einer Ausübungsüberlassung im § 1059 Satz II beim Mißbrauch gesprochen. Bei der Auslegung dieses Satzes herrscht keine Einhelligkeit, was unter Überlassung zu verstehen sei. Die eine Ansicht ist die, daß nur obligatorische Beziehungen zwischen Rechtsträger und Ausübungsberechtigten entstehen.[69]) Auf der andern Seite steht die Auffassung, daß die aus dem Rechte fließenden Befugnisse mit dinglicher Wirkung übertragen werden, der Träger dieses Rechtes sie also verliert.[70]) Die Mehrzahl der oben angeführten wollen auch die Übertragung der Ausübung des Jagdrechtes so verstanden wissen.

Hinsichtlich ihrer Ansicht über die Übertragung der Nießbrauchsausübung stimmen das Reichsgericht[71]) und Cosack-Mitteis[72]) überein. Sie halten es für möglich, daß der Nießbrauch zur Ausübung in Form einer dinglich wirkenden Übertragung der aus ihm fließenden Befugnisse überlassen werden kann, meinen aber, daß, wenn dies nicht besonders zum Ausdruck kommt, nur obligatorische Ansprüche zwischen dem Nießbraucher und dem Ausübungsberechtigten entstehen.

Sicher kann man überall eine Ausübungsüberlassung für möglich halten, wo ein anderer Handlungen vornehmen darf, die für den Rechtsträger, wenn er sie vornimmt, Rechtsaus-

---

65) S. 181.

66) S. 180.

67) a. S. 181.

68) Ludewig Ermächtigung. S. 35.

69) so Planck § 1059, 3, v. Tuhr II, 1 S. 70.

70) Wolff § 118, I; Eccius in Gruch. 50, 503; Staud. § 1059, 2c; RGRK § 1059, 2; Kretschmar Gruch. 65, 432. RG in Gruch. 56, 976.

71) Bd. 101, S. 8.

72) Bd. II, 1 § 67 III, 1.

übung sind. Man wird sich aber eine Übertragung der Ausübung eines Rechtes auch so denken können, daß der Gestattungsempfänger ein eigenes Recht, auch gegenüber dem Rechtsträger, erhält. Für den Fall des § 1059 Satz 2 wird man wohl dann zu einer richtigen Entscheidung gelangen, wenn man sich die Absicht des Gesetzgebers vor Augen führt. Die dürfte wohl dahin gegangen sein, den Nießbrauch hinsichtlich seiner Dauer an eine bestimmte Person zu knüpfen. Diesem Zweck widerstreitet nicht die Auffassung, daß der Ausübungsberechtigte unmittelbar die aus dem Nießbrauch fließenden Einzelrechte erhält.[73]) Man wird diese Auffassung von der Nießbrauchsüberlassung wohl anerkennen können. Es können alle aus dem Nießbrauch entspringenden Einzelbefugnisse übertragen werden, aber doch die Verfügungsmöglichkeit über den Nießbrauch als ganzen beim Nießbraucher verbleiben.

Diese Ansicht führt auch hinsichtlich der Überlassung des Jagdrechtes zur Ausübung zu einem zufriedenstellenden Ergebnis. Wie bei der Raapeschen Konstruktion nach der Analogie des § 956 so wird auch hier das Erstrebenswerte, daß nämlich der Jagdpächter ein absolutes Recht erhält, erreicht.

f) Das Ergebnis der beiden erwähnten Auffassungen vom Jagdpachtvertrag führt zu der Frage, wieso man den Jagdpachtvertrag so auslegt, daß der Jagdpächter durch Übertragung des Jagdausübungsrechts das ausschließliche Aneignungsrecht erwirbt. Der § 581 BGB. verlangt für den Pächter eine solche Stellung gewiß nicht. Nach ihm ist der Verpächter zur Überlassung des Gebrauchs und des Fruchtgenusses verpflichtet.

Daß der Fruchtgenuß auch beim gewöhnlichen Pachtvertrage durch Verfügung gewährt wird, war schon festgestellt. Nicht ohne weiteres ist aber klar, ob beim Jagdpachtvertrage diese Verfügung als Übertragung der Jagdbefugnis oder Übertragung des Jagdrechtes zur Ausübung mit dinglicher Wirkung anzusehen ist.

Als Pachtobjekt wurde oben S. 20 das Jagdrecht festgestellt. Es muß also der Gebrauch und Fruchtgenuß des

73) So Staudinger, RGR. Kom., Wolff a. a. O.; für möglich hält dies auch RG. in Gruch. 56, 976.

Jagdrechtes gewährt werden. Wie der Fruchtgenuß auch beim gewöhnlichen Pachtvertrage nur durch eine Verfügung gewährt werden kann, da doch sonst der Eigentümer die Früchte mit der Trennung erwerben würde und sie jedesmal erst übereignen müßte, so muß auch neben dem Jagdpachtvertrage eine Verfügung hergehen.

Von Raape wird nun diese nebenhergehende Aneignungsgestattung, wenn sie auch keinem Fall des § 956 BGB. unterstellt werden kann, so doch dazu in Parallele gestellt unter Beachtung von Unterschieden, die sich daraus ergeben, daß der Gestattende selbst nur ein Aneignungsrecht hat. Für eine entsprechende Anwendung des § 956 ist auch v. Brünneck.[74])

§ 956 unterscheidet die beiden Fälle, daß die Frucht mit der Trennung und mit der Besitzergreifung erworben wird. Bei der Aneignungsgestattung scheint eher der zweite Fall zuzutreffen. Freilich könnte man meinen, der Jagdbetrieb sei dem Jagdpächter als ganzer überlassen. Dieser steht daher zu dem fruchttragenden Gegenstande ähnlich wie der besitzende Grundstückspächter zum Grundstück, erwirbt daher das Wild, auch wenn es von einem andern, auch dem Grundstückseigentümer, erlegt wird, ebenso als wenn er ein ausschließliches Aneignungsrecht erhalten hätte.

Man wird aber beachten müssen, daß ja der jagdberechtigte Grundeigentümer selbst das Wild nicht erwirbt, wenn es ein anderer erlegt und in Besitz nimmt. Der Unterschied liegt darin, daß auch der Gestattende bloß ein Aneignungsrecht hat. Richtigerweise wird man den zweiten Fall des § 956 heranziehen. Der Jagdpächter hat dem Eigentümer gegenüber das Recht, sich die Früchte anzueignen. Wie der Eigentümer sein Eigentum ganz übertragen kann, so muß er auch durch ein eigenartiges Verfügungsgeschäft einem andern gestatten können, sich durch Aneignung Eigentum zu verschaffen.

Daraus, daß beim Pachtvertrag der Pächter fast immer die Früchte mit der Trennung erwirbt, man also meinen könnte, das Fruchterwerbsrecht des Verpächters sei ihm übertragen, muß nicht gefolgert werden, daß der Pachtvertrag zur Übertragung des Fruchterwerbsrechtes verpflich-

74) Gruch. 57, 373.

tet. Er verpflichtet nur dazu, den Fruchtgenuß zu gewähren.

Nur weil die für den Gebrauch und Fruchtgenuß Voraussetzung bildende tatsächliche Beziehung gewöhnlich so eng ist, daß von Besitz gesprochen wird, und da das Gesetz aus dem Besitz die Folge zieht, daß der Pächter an den Früchten schon mit der Trennung Eigentum erwirbt, wird regelmäßig das Fruchterwerbsrecht übertragen.

So kann aus § 581 BGB. für den Jagdpachtvertrag nicht ohne weiteres die Folge gezogen werden, daß das Aneignungsrecht übertragen werde. Das Gewähren der Früchte könnte in der Aneignungsgestattung liegen. Der Jagdpächter hätte dann kein Aneignungsrecht, sondern nur dem Aneignungsgestattenden gegenüber das Recht, die Okkupation vorzunehmen, wodurch er dann Eigentum erwürbe. Dritten ist ein solcher Eigentumserwerb dann deshalb verschlossen, weil sie dadurch das Aneignungsrecht des Grundeigentümers verletzen würden. Das Jagen des Eigentümers würde dann zwar den Pachtvertrag verletzen, könnte aber einen Eigentumserwerb auf seiner Seite nicht hindern. Mit einer solchen Aneignungsgestattung wäre aber der Fruchtgenuß des Pächters gewährt.

Es kann sich nur fragen, ob nicht andere Gesichtspunkte Veranlassung geben, eine andere Konstruktion der Fruchtgewährung beim Jagdpachtvertrage anzunehmen.

Man wird aus der Absicht der Vertragsparteien folgern können, daß, wenn die gesamte Jagd verpachtet wird, kein Interesse vorliegen kann, dem Pächter nur ein Aneignungsrecht dem Verpächter gegenüber zu übertragen wie im Falle des § 956 Abs. 1. Das Jagdrecht als Pachtgegenstand wird dem Pächter vielmehr zur Ausübung übertragen werden sollen in demselben Umfange, wie es dem Jagdberechtigten zusteht, und zwar wird es ihm für die Dauer der Pachtzeit als ein eigenes Recht auf Aneignung des Wildes übertragen werden sollen. Der Jagdpächter soll das Jagdrecht als ein eigenes, dem Jagdrecht des Jagdberechtigten wesensgleiches Recht ausüben können. Es wird also der Pachtvertrag den Sinn haben, den Pächter ganz an die Stelle des Grundeigentümers zu stellen und ihn daher mit einem möglichst sicheren Rechtsschutz auszustatten.

Es wird auch zu berücksichtigen sein, daß bei Nichtbestehen des gesetzlichen Verbotes des § 2 Abs. 2 JO. der Pächter, statt einen Pachtvertrag abzuschließen, sich ein dingliches Recht bestellen lassen würde. Bei Bestehen dieses Verbotes wird man ihm zumindest eine Rechtsstellung geben wollen, die sich der eines dinglichen Rechtes nach Möglichkeit nähert.

Daß eine Übertragung des Jagdrechtes mit dinglicher Wirkung so, daß dem Grundeigentümer die Jagdausübung ganz genommen ist, noch nicht gegen das gesetzliche Verbot verstößt, wird man annehmen können.[75]) Die neuen Jagdgesetze wollten doch nur die Jagdgerechtigkeit auf fremdem Grund und Boden beseitigen und dem Grundeigentümer das Jagdrecht geben, ihm die Vorteile der Jagd gewähren. Dagegen verstößt es nicht, wenn er das Aneignungsrecht einem andern überträgt. Wird doch dadurch im letzten Grunde das Jagdrecht nicht vom Boden gelöst, sondern der Eigentümer behält die Verfügung darüber!

Nach Raapes Ansicht, nach der der Pächter ein teils absolutes, teils relatives Recht erhält, bleibt die Verfügungsgewalt insofern beim Grundeigentümer, als er das Grundstück veräußern und damit die Jagdbefugnis des Pächters beenden kann.

Aber auch wenn man den Jagdpachtvertrag so auffaßt, daß das ausschließliche Aneignungsrecht und das Recht, alle zur Pflege des Wildes notwendigen Handlungen vorzunehmen, dem Jagdpächter übertragen werden, so ist es doch noch mit dem Sinn des § 2 II JO. vereinbar, daß zwar der Grundeigentümer die Einzelbefugnisse nicht mehr hat, aber doch die Verfügungsmacht über das Jagdrecht im ganzen behält, indem er durch Veräußerung des Grundstückes den Befugnissen des Jagdpächters ein Ende setzen kann.

Gegen die Ansicht von Raape muß der Einwand erhoben werden, daß die Bestimmung des Jagdrechts des Jagdpächters als „teils absolutes, teils relatives" Recht gewiß nicht zu einer vollen Klärung des Rechts, das der Jagdpächter innehat, führt. Dagegen ist es richtiger und klarer, von einer Übertragung der Ausübung von Rechten zu sprechen, in der Art, daß dem Jagdpächter das ausschließliche Aneignungsrecht übertragen wird.

---

75) vgl. auch RG in Gruch. 70, 305 Nr. 32.

Weiterhin ist zu beachten, daß zwischen dem Gestattungsgeschäft nach § 956 und der Verfügung beim Jagdpachtvertrag große Unterschiede bestehen.

Einmal ist beim Jagdpachtvertrag — was auch Raape erkennt — im Unterschied zu § 956 der jagdberechtigte Verpächter weder Eigentümer, noch einer, dem die Erzeugnisse nach der Trennung gehören. (§ 956 Abs. 2.) Er erwirbt vielmehr das Wild selbst nicht, wenn es ein anderer erlegt und in Besitz nimmt;[76]) er hat selbst nur ein Aneignungsrecht.

Ferner ist im Fall des § 956, wenn dem Gestattungsempfänger der Besitz an der Muttersache überlassen ist, dieser Besitz noch andauert und der Gestattende zur Aneignungsgestattung obligatorisch verpflichtet ist, auch der Rechtsnachfolger des Gestattenden an die Gestattung gebunden.[77]) Dagegen ist beim Jagdpachtvertrag der Rechtsnachfolger des Verpächters an den Vertrag nie gebunden. Der Erwerber des Grundstücks erlangt vielmehr das volle, im Eigentum enthaltene Jagdrecht (Arg. § 2 Abs. 2 JO.). § 571 kommt aber bei der Jagdpacht als einer Rechtspacht nicht zur Anwendung.[78])

Richtig ist danach die Ansicht, von einer Übertragung der Jagdausübung des Jagdrechts zu sprechen. Der Jagdpächter erhält hiernach ein absolutes, unmittelbares Aneignungsrecht am Wilde, aber sein Nutzungsrecht besteht

---

76) Dies die h. M. s. i. bes. Wolff § 78 III 3 Nagler S. 442; Engländer S. 38; a. M. Dickel, Forst. ziv. Recht S. 1061; v. Brünneck Gruch. 57, 375.

77) vergl. Wolff § 77 IV 6.

78) Da nicht das Grundstück verpachtet ist und nicht der Besitz des Grundstücks überlassen ist, findet § 571 keine Anwendung, so Ennecc. I 2 § 357 Anm. 7, Frommhold S. 207, Behr S. 69, Mitzschke S. 16, Pollwein S. 32, Delius S. 2, 117, 120, RG. 70, 71; 98, 102, in Recht 1909 Nr. 248, a. M. Wolff § 80 IV 1, v. Seeler S. 345, die § 571 anwenden wollen, da das Jagdrecht wesentlicher Bestandteil (§ 93) des Grundstücks sei und als solcher das rechtliche Schicksal des Grundstücks teile Aus der Untrennbarkeit des Jagdrechts von Grund und Boden wird gefolgert, das Jagdrecht sei wesentlicher Bestandteil. § 2 Abs. 2 JO bezieht sich aber nur auf das Jagdrecht, nicht auf dessen Ausübung, nicht also auf das den Gegenstand des Pachtvertrages bildende Jagdrecht des Pächters, das ihm auf Grund des Pachtvertrages zur Ausübung übertragene absolute Aneignungsrecht (Vergl. RG. in Gruch. 70, 305 Nr. 32).

nur so lange wie das Jagdrecht des Verpächters [79]) und endet nicht nur durch den Tod des jagdberechtigten Grundeigentümers, sondern auch dadurch, daß dieser sein Grundstück an einen anderen übereignet.

Wird danach der Jagdpächter durch den Jagdpachtvertrag Inhaber eines absoluten Rechts, so hat er bei Verletzungen dieses Rechts einen Unterlassungsanspruch unter den Voraussetzungen, die der gesetzlichen Regelung der Unterlassungsansprüche aus absoluten Rechten zu entnehmen sind.

II 4. Wenn man im Allgemeinen einen Sachbesitz des Jagdpächters wird ablehnen müssen, so kann doch für ihn ein Schutz aus Rechtsbesitz in Frage kommen. Allerdings kennt das BGB. — außer der Vorschrift des § 1029 — keinen Rechtsbesitz. Doch handelt es sich beim Jagdrecht um eine dem Landesrecht vorbehaltene Materie, und so wird für dieses die Möglichkeit eines Rechtsbesitzes auch vielfach bejaht. [80])

a) Es soll zunächst das Wesen des Rechtsbesitzes und dann seine Stellung unter den geltenden Vorschriften untersucht werden.

Der Rechtsbesitz hat das eine mit dem Sachbesitz gemeinsam, daß er etwas Tatsächliches darstellt. [81])

Das Recht für sich allein ist nicht Gegenstand sinnlicher Wahrnehmung. Was an die Erscheinung der Außenwelt tritt, ist seine Ausübung. Diese Ausübung ist die tatsächliche Seite des Rechts.

Der Gedanke, die Rechtsausübung für sich allein zu schützen, findet sich zuerst im römischen Recht beim Nießbrauch. Bei Bestehen des Satzes, daß „plures eandem rem in solidum possidere non possunt", [82]) konnte der Nießbrau-

79) wie bei der Nießbrauchsüberlassung, vergl. Wolff § 118 I.

80) von Wolff § 24 VI 2, Gierke II § 114 III 8, Endemann 2. Bd. § 28, Planck Vorbem. 7 vor § 854, Lenz Arch. f. bürg. Recht 33, 405, Habicht § 38 I, Biermann Vorbem. 2 vor § 854, Förster-Eccicus Bd. 3 § 159, Frommhold S. 199, Ludewig JW. 24, 775, Lange Gruch. 69, 316, Stelling S. 173.

81) Hirsch S. 59.

82) 1 3 § 5 D 41, 2.

cher nicht neben dem Eigentümer der Nießbrauchssache als deren Besitzer anerkannt werden. Man schützte aber die Ausübung des Nießbrauchsrechts an sich und bezeichnete sie als „iuris quasi possessio“ — Rechtsbesitz. Das Verbot des solidarischen Doppelbesitzes wurde dabei geachtet, denn der Eigentümer blieb alleiniger Besitzer der Sache, der Nießbraucher wurde Besitzer des Rechts.

Im römischen Recht war aber der Schutz des Rechtsbesitzes nicht als allgemeines Rechtsinstitut anerkannt, sondern wurde nur in bestimmten einzelnen Fällen zugelassen.[83]) Ganz im Gegensatz zum römischen Recht wurde der Schutz des Rechtsbesitzes im deutschen und kanonischen Recht allgemein gewährt, und nur ausnahmsweise wurde die tatsächliche Ausübung eines Rechts nicht geschützt.

Das BGB. nimmt wieder denselben Standpunkt wie das römische Recht ein,[84]) indem es den Begriff des Rechtsbesitzes nicht als allgemeines Institut aufgestellt hat. Nur bei der Grunddienstbarkeit und persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1029, 1090) erkennt es Rechtsbesitzverhältnisse an und gibt diesen Rechtsausübungen einen possessorischen Schutz nach Art des Schutzes des Sachbesitzes. So steht z. B. dem Rechtsbesitzer der Grunddienstbarkeit unter den Voraussetzungen, die das Gesetz für den Besitzschutz aufstellt, Besitzschutz zu, und zwar auch dem Besitzer des dienenden Grundstücks gegenüber.

b) Wenn das BGB. keinen Rechtsbesitz als allgemeines Institut kennt, in der Weise, daß die Ausübung jedes Rechtes geschützt wird, so fragt es sich, welche Vorschriften des geltenden Rechtes die Annahme eines Rechtsbesitzes am Jagdrecht gestatten.

aa) Ein Rechtsbesitz am Jagdrecht wird vielfach angenommen, indem man glaubt, daß er auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten fortbesteht.

Daß das Jagdrecht durch Artikel 69 Einführungsgesetz zum BGB. der landesrechtlichen Regelung vorbehalten ist, wurde am Anfang der Arbeit schon erwähnt. In den jagdrechtlichen Bestimmungen findet sich aber nichts über den

83) Kipp-Windscheid § 164, 4, Kreß S. 243.
84) Kipp-Windscheid § 164, 4, Kreß S. 244.

Rechtsbesitz. Nach Artikel 180 EGBGB. finden auf jedes zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Besitzverhältnis die Vorschriften des BGB. Anwendung.

Danach meint man, daß alle Rechtsbesitzverhältnisse dem BGB. unterstellt seien. Dem hält Lenz entgegen, daß man das Gebiet der Vorbehalte als der reichsrechtlichen Neuordnung entzogen ansehen müsse, daß für den Geltungsbereich des Reichsrechts zwar der Sachbesitzbegriff des BGB. ausschließliche Geltung erlangt habe, daß aber für die Vorbehaltsgebiete neben dem Sachbesitzbegriffe besondere Besitzbegriffe möglich seien.[85])

bb) Da aber nach Aufhebung der Rechtsbesitzvorschriften des preußischen allgemeinen Landrechts (§§ 5 ff. I. Ttl. 7), „soweit sie sich nicht auf öffentliches Recht beziehen", durch Artikel 89 des zuständigen Ausführungsgesetzes zum BGB. in Preußen also keine Vorschriften mehr über den Rechtsbesitz bestehen, so fragt es sich, was aus dem Rechtsbesitz in den Gebieten, wo er bestand, wird.

Man wird nur solche Vorschriften für ihn heranziehen können, deren Anwendung wegen ihrer Wesensähnlichkeit zum Rechtsbesitz berechtigterweise möglich erscheint. Unter Berücksichtigung der Ähnlichkeit des Rechtsbesitzes mit dem Sachbesitz und unter Beachtung des Umstandes, daß das BGB. die einzige, vollständige Kodifikation des Privatrechts ist, wird man die Anwendung der Vorschriften des BGB. über den Besitz als berechtigt und gegeben anzusehen haben.[86])

Engländer[87]) weist eine entsprechende Anwendung der Sachbesitzvorschriften des BGB. zurück, weil er annimmt, daß das BGB. einen Rechtsbesitz nicht kennt. In den §§ 1029, 1090 werde nur die entsprechende Anwendung der Sachbesitzvorschriften gegeben und zwar für einen ganz bestimmten Fall. Daraus gehe hervor, daß der Gesetzgeber unter keinen Umständen den Rechtsbesitz selbst habe anerkennen wollen. Er räumt aber selbst ein, daß, wenn

85) Lenz, S. 384, ebenso Dalcke, S. 40; Habicht, S. 345; Frommhold, S. 199; Gierke Bd. 2, S. 266 Anm. 76.

86) so Wolff § 24 VI 2; Ludewig JW. 1924, 775; Dalke-Delius S. 40; Lange Gruch. 69, 317; Enecc. § 14 II 2; OLG Frankfurt in JW. 1923, 310.

87) Diss. S. 8 ff.

man von einer solchen Anerkennung des Rechtbesitzes reden wolle, diese auf die Fälle der §§ 1029, 1090 beschränkt bleibe. Dann meint er,[88]) daß eine rechtsähnliche Anwendung der Besitzvorschriften auf Gebieten, die dem BGB. nicht unterworfen seien, sich vielleicht rechtfertigen ließe, wenn noch gültige landesrechtliche Bestimmungen über den Rechtsbesitz beständen. Wenn aber diese Rechtsbesitzvorschriften bei Einführung des BGB. außer Kraft gesetzt worden seien (durch Art. 89 AGBGB.) so könnten nicht Vorschriften des BGB., „das ebenfalls den Rechtsbesitz verneint", herangezogen werden.

Enneccerus Ansicht ist deshalb zurückzuweisen, weil man seine Auffassung von einer Verneinung des Rechtsbesitzes durch das BGB. ablehnen muß. Wie oben S. 46 gesagt wurde, kennt das BGB. den Rechtsbesitz in Beschränkung auf die Grunddienstbarkeit und die persönliche Dienstbarkeit. Daß es ihn kennt, geht daraus hervor, daß es in den Fällen der §§ 1029, 1090 Herrschaftstatbestände anerkennt, die mit Besitzfolgen versehen sind, indem diesem Besitz an den Dienstbarkeiten Sachbesitzschutz gewährt wird und indem dieser Servitutenbesitz im § 900 Abs. 2, ebenso wie der Sachbesitz im § 900 Abs. 1 als Grundlage der Buchersitzung anerkannt wird.

Sind danach die Sachbesitzvorschriften des BGB. als für den Rechtsbesitz anwendbar anzusehen, so hat der Jagdpächter als Rechtsbesitzer dieselben Besitzschutzmittel wie der Sachbesitzer, daher auch die Unterlassungsklage aus § 862.

Dann könnte man aber meinen, daß auch § 866 gilt, der oben den Sachbesitzschutz als mangelhaft erscheinen ließ. Die Anwendung des § 866 wird jedoch mehrfach abgelehnt.[89]) Als Begründung nimmt man an, daß die praktischen Folgen gegen die Annahme eines Mitbesitzverhältnisses zwischen Sach- und Rechtsbesitzer sprechen. Der Rechtsbesitz wurde reichsrechtlich anerkannt, weil man den Schutz durch das Recht der Notwehr und durch einstweilige Verfügung nicht für ausreichend hielt. Da aber als Störer häufig gerade nur der Besitzer des dienenden Grund-

88) S. 11.

89) Planck 5 f zu § 1029, Staudinger lc. γ zu § 1029.

stücks in Frage kommt,[90]) würde dem Besitzschutz des Rechtsbesitzers so gut wie gar keine Bedeutung zukommen.

Diesen Fall will Lange[91]) vergleichsweise für das Verhältnis zwischen Grundstücksbesitzer und Jagdpächter heranziehen und damit auch hier die Anwendbarkeit des § 866 verneinen.

Diesem Ergebnis stimme ich bei, jedoch scheint mir eine andere Begründung näher zu liegen. § 866 sagt: „Besitzen mehrere gemeinschaftlich eine Sache", daraus geht hervor, daß der gemeinschaftliche Besitz eines und desselben Objekts gemeint ist. Das liegt indes hier nicht vor. Da die Sachgewalt des Grundstücksbesitzers ihrer Art und ihrem Umfang nach ganz verschieden ist von der des Jagdpächters, so kann nicht von ihnen gesagt werden, daß sie beide das Grundstück gemeinschaftlich besitzen. Der Jagdpächter besitzt ja das Grundstück gar nicht, wie oben S. 28 festgestellt wurde. Der Grundstücksbesitzer hat Besitz am Grundstück, der Jagdpächter am Jagdrecht. Das Objekt des Besitzes ist als ein ganz verschiedenes,[92]) und daher halte ich § 866 nicht für anwendbar. Daran vermag m. E. auch der Umstand, daß sich die Ausübung des Jagdrechts über das ganze Grundstück erstreckt, nichts zu ändern.

Somit erweist sich der Schutz auf dem Wege über den Rechtsbesitz als besser als auf dem über den Sachbesitz.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Der Jagdpächter hat eine Unterlassungsklage auch aus Rechtsbesitz aus § 862.

II 5a. Sowohl Rechtsprechung wie Wissenschaft haben nicht nur für alle absoluten Rechte, sondern, das wohl allgemein anerkannte Bedürfnis achtend, darüber hinaus Unterlassungsansprüche angenommen. Freilich herrscht über den Umfang und die Begründung aus dem geltenden Recht keine Einigkeit. Die Führung hat das Reichsgericht übernommen. Seine Entscheidungen haben nicht von vornherein einheitlich das Gebiet umgrenzt, auf das sich die Ausdehnung er-

90) Planck 5 c zu § 1029.

91) S. 318, 319.

92) vergl. oben S. 46 die Ausführungen über den römisch-rechtlichen Rechtsbesitz, wo der Eigentümer alleiniger Besitzer der Sache blieb und der Niesbraucher Besitzer des Rechts wurde.

strecken soll, oder eine einheitliche Begründung gegeben. So stellt die Reichsgerichtsentscheidung 48, 114 die Erwägung an, daß das Gesetz, wenn es ein Recht gibt oder eine Verpflichtung auferlegt, auch die Möglichkeit gewähren muß, den Anspruch hierauf, also zutreffenden Falls den Anspruch auf Unterlassung, im Wege der Klage zu verfolgen. Es stand dort ein Fall in Frage, wo das Gesetz zunächst nur aus § 826 Schadensersatz gewährt. Es ist an dieser Stelle die Analogie zur negatorischen Klage dahingestellt gelassen.

Erst Entscheidung Band 60 S. 7 zieht für die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs die Analogie der §§ 12, 862, 1004 heran und gibt dem durch objektiv rechtswidrigen Eingriff in ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut Verletzten eine actio quasi negatoria, auch wenn dem Verletzenden ein subjektives Verschulden nicht nachzuweisen ist.[93])

Nach der bedeutsamen Entscheidung des RG. 116, 153 berechtigt jeder objektiv rechtswidrige Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Eingreifenden zur Klage auf Unterlassung, wenn Wiederholungsgefahr besteht. Damit wird der zur ausdrücklichen Gewährung des Unterlassungsanspruchs führende Rechtsgedanke, der auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes zur Geltung gelangt war, im Interesse des Verkehrsbedürfnisses über die absoluten Rechte hinaus ausgedehnt auf den Schutz sonstiger Rechtsgüter.

Von besonderer Bedeutung ist aber, daß in dieser Entscheidung zum ersten Mal dieser Schutz auch den durch ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 geschützten Rechtsgütern gewährt wird. Es wird in eingehender Begründung hervorgehoben, daß der strafrechtliche Schutz regelmäßig nur der Verstärkung des Rechtsschutzes dient. Er will aber nicht andere dem Verletzten zu Gebote stehende Rechtsbehelfe nehmen. Andererseits ist die Unterlassungsklage, wo das Gesetz sie zuläßt, dazu bestimmt, nicht den strafrechtlichen Schutz, wo dieser versagt, sondern den gesetzlichen Schadensersatzanspruch zu ergänzen.

Die Unterlassungsklage ist also auch dann zuzulassen, wenn ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut verletzt wird,

---

93) siehe weiter RG. 61, 369, RG. in JW. 1907, 48 Nr. 8; 1907, 505 Nr. 1; 1908, 34 Nr. 1; RG. 100, 69; 101, 101; 104, 81; 105, 214.

da das Recht keinen Zwang kennt, auf strafrechtlichem Wege die Sühne für begangenes Unrecht zu suchen, wenn sie mit Mitteln der Zivilklage zu erreichen ist.[94])

Auch wegen eines noch gar nicht begonnenen oder erst in Aussicht genommenen Angriffs wird, wenn Wiederholungsgefahr besteht, eine allgemeine Unterlassungsklage gewährt.[95])

Neuerdings hat das RG. in Band 124 S. 257 ausgeführt, daß, nachdem bisher die Zulässigkeit der Unterlassungsklage bei Möglichkeit der Strafverfolgung des Täters verneint wurde, in RG. 115, 84 diese Einschränkung in Zweifel gezogen wurde. Erst in Band 116 S. 151 sei die Zulässigkeit der Unterlassungsklage auch für den Fall ausgesprochen worden, in dem die betreffende Handlung unter Strafe gestellt sei.[96]) Leider erkennt aber das RG. die Ansicht des RG. in Band 116 S. 151 nicht klar und ausdrücklich an,[97]) der aber unter Anerkennung der oben angeführten, in der Entscheidung selbst angegebenen Begründung nunmehr voll und ganz beizupflichten ist.

So ist erst allmählich der Satz herausgearbeitet worden, den Flad[98]) so ausspricht, daß „jeder auch nur objektiv rechtswidrige Eingriff in ein vom Gesetze geschütztes Gut zu einer Klage auf Unterlassung berechtigt, wenn weitere Eingriffe zu besorgen sind".[99])

Zu dieser Art der Erweiterung der Unterlassungsklage durch das Reichsgericht ist zu sagen, daß mit der Anerkennung der Unterlassungspflicht dem durch das Verbot Geschützten keineswegs das subjektive Recht gegeben wird, das Verlangen dieser Unterlassungspflicht im Klagewege geltend zu machen. Diese Verpflichtung zur Unterlassung eines Verhaltens, das zum Schadensersatz verpflichtet, ist nämlich nicht zugunsten einer bestimmten Person, sondern

---

94) vergl Matthiessen a. a. O. 1927, 1997 zu Nr. 9 A, Graßhof a. a. O. 1929, 706.

95) siehe Oertmann DJZ. 1929, 1641.

96) ebenso die Auffassung des RGR Kom. Vorbem. 6 III c vor § 823.

97) vergl. Lehmann in JW. 1929, 2339 Anm. zu Nr. 10.

98) Iherings Jahrb. Bd. 70 S. 367.

99) siehe weiter RG. 95, 339; 109, 276; 115, 74; 116, 153; Salinger Gruch. 64, 232; RG. in Recht 1919 Nr. 1673.

um der Gesamtheit willen aufgestellt worden. Das bloße Verbot der Rechtsordnung begründet noch kein Herrschaftsrecht. Nur wo die Rechtsordnung dem einzelnen ausdrücklich ein subjektives Recht verliehen hat, hat dieser als Ausfluß aus diesem Recht einen Anspruch auf Unterlassung.

So ist denn dem Reichsgericht nicht ohne Grund von der Wissenschaft vielfach der Vorwurf gemacht worden, daß es die Gewährung eines Rechts und die Auferlegung einer Pflicht als gleichwertig hinstellt, was im Grunde genommen die Anerkennung der weiter unten zu besprechenden Lehre Eltzbachers ist, daß ein zugunsten einer Person bestehendes Verbot für diese ein subjektives Recht begründet.[100])

Wenn jetzt das Reichsgericht[101]) zur Begründung der Unterlassungsklage die §§ 12, 862, 1004 BGB. entsprechend anwendet, so ist dazu zu sagen: das BGB. hat eine Unterlassungsklage ausdrücklich anerkannt nur in den Fällen der §§ 12, 862, 1004, 1027, 1029, 1053, 1065, 1090, 1134, 1227, 550 gegenüber widerrechtlichen Störungen.

Daß diese Bestimmungen auf alle absoluten Rechte entsprechende Anwendung finden, ist heute allgemein anerkannt.[102]) Bei bloßen Rechtsgütern und rechtlich geschützten Interessen ist nun dieser vom Gesetz verliehene Schutz nicht ausdrücklich anerkannt worden. Es besteht aber das Bedürfnis, auch ihnen einen derartigen Schutz zu gewähren.

Aber auch gegen diese „quasinegatorische" Unterlassungsklage erhob sich in der Rechtslehre Widerspruch. Es entstanden Bedenken gegen die entsprechende Anwendung der §§ 12, 862, 1004 auf alle Rechtsgüter und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil durch diese „Quasinegatoria" die im Privatrecht wesentliche Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und bloß gesetzlich geschütztem Rechtsgut oder Interesse aufgehoben werde.

Da man aber das Bedürfnis für eine Ausdehnung des negatorischen Unterlassungsanspruches anerkannte, suchte

---

100) so von Lehmann S. 223. Salinger Gruch. 64, 263; Lau Gruchot 47, 507; Oertmann DJZ. 04, 621.

101) s. o. S. 50, seit E 60, 6 in ständiger Rechtspr., s. nur 101, 335; 109, 276; 115, 74 und 416; 116, 151; 124, 253.

102) s. oben S. 30.

man diese durch die Lehre von einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu rechtfertigen.[103])

b) Nach der Ansicht Lehmanns[104]) besteht bei einer weitherzigen Auslegung des BGB. die Möglichkeit, im Einklang mit dem Gesetze ein „zentrales, allgemeines Recht der Persönlichkeit" anzuerkennen.

Daß das Interesse am Genuß der eigenen Person gegen verschiedene Arten von Beeinträchtigungen geschützt sei, sei ohne Bedeutung, da daraus noch nichts für den Rechtscharakter dieses geschützten Interesses folge. Dieser Rechtscharakter könne nur dann bestimmt werden, wenn man das Hauptgewicht auf die Antithese zwischen § 823 Absatz 1 und Absatz 2 lege. Wenn man nämlich den Begriff „sonstiges Recht" in Absatz 1 als subjektives Privatrecht auffasse, so ermögliche die Technik des Gesetzes — daß die Rechtsgüter des Lebens, Körpers usw. mit dem Privatrecht in Absatz 1 zusammengefaßt und den sonstigen rechtlich geschützten Interessen in Absatz 2 gegenübergestellt seien — die Auslegung, daß durch § 823 Absatz 1, nämlich durch die Zusammenstellung mit den absoluten Privatrechten, das allgemeine Persönlichkeitsrecht ebenfalls als absolutes Recht anerkannt werde. Diese Auslegung zwinge keineswegs zur Anerkennung der Rechtsgüter des Lebens, Körpers usw. als einzelner absoluter Rechte, sondern es werde nur das Interesse am Genuß der eigenen Person nach verschiedenen Richtungen hin gesichert. Die Form dieser rechtlichen Sicherung spreche für eine Gleichstellung dieses Interesses mit den übrigen anerkannten Privatrechten im Gegensatz zu den bloß rechtlich geschützten Interessen. Dann sei auch der Schluß gerechtfertigt, daß das Gesetz dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht den Charakter eines absoluten Rechts gewähren wolle und ein allgemeines Recht der Persönlichkeit auf Grund des geltenden Rechts anerkannt sei.

Gegen die Lehre Lehmanns, die nur durch eine übermäßig ausdehnende Auslegung gewonnen wird, muß aber gesagt werden, daß unserem BGB. der Begriff eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts als eines absoluten Rechts fremd ist und daher auch die Ansicht Lehmanns über-

103) so zuerst Gierke I 702, II 888, s. auch Lobe a. a. O S. 15 ff.
104) S. 119 ff.

wiegend abgelehnt wird.[105]) Unser Gesetz schützt die Persönlichkeit nur durch eine beschränkte Anzahl von absoluten Rechten, z. B. durch das Recht am eigenen Bild, am eigenen Namen. Ferner weist das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb auf einen Schutz der Persönlichkeit hin. So besteht ein fest begrenzter Rahmen, innerhalb dessen die Persönlichkeit geschützt wird, außerhalb dessen aber weitere Persönlichkeitsrechte oder gar ein allgemeines Persönlichkeitsrecht nicht aufgestellt werden kann.

Daher ist die vorbeugende Unterlassungsklage, die sich auf ein allgemeines Persönlichkeitsrecht gründet, abzulehnen.

c) Eltzbacher[106]) kommt zu einem entsprechenden Ergebnis wie das Reichsgericht. Seine Begründung ist aber nicht zu billigen. Er gibt den rechtlich geschützten Gütern nicht den gleichen Schutz wie den absoluten Rechten, sondern glaubt, der Rechtsordnung den allgemeinen Satz entnehmen zu können, daß überall, wo ein Privatrecht verletzt worden ist, der Berechtigte Unterlassung verlangen kann.[107]) Ist schon dieser Satz wegen der allgemeinen Bezeichnung Privatrecht nicht scharf genug, so ist dann auch der Begriff des subjektiven Rechts zu weit gefaßt, indem darunter die Tatsache verstanden wird, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes Willen einen anderen einschränkt.[108]) Mit Recht wird ihm von Oertmann vorgeworfen, daß er den von unserer Rechtsordnung zweifellos gemachten Unterschied zwischen Rechten und rechtlich geschützten Interessen verwische. Oertmanns Argumente sind:[109]) Die Unterschiede zwischen ermächtigenden und berechtigenden Verträgen im § 335, von Vermächtnis und Auflage, ferner der Unterschied zwischen § 823 Absatz 1 und Absatz 2 wären überflüssig, da alle geschützten Interessen dann bereits unter Absatz 1 fallen würden.

d) Gegen das Reichsgericht hat sich Lau[110]) gewandt, wobei freilich zu berücksichtigen ist, daß ihm nur die erste

---

105) so von Ennecc. § 450, 2c; v. Tuhr I. Bd. S 149; Planck § 823 B 1 fβ; RG. 69, 403; 107, 281; 113, 414.

106) S. 72 ff.

107) S. 96.

108) S. 104.

109) DJZ. 04, 619.

110) in Gruch 47, 497 ff.

Entscheidung Band 48, 114 vorlag. Er stellt voran, daß das Reichsgericht nur von der Annahme ausgegangen sein könne, daß das BGB. entweder die Frage der Unterlassungsklage bei Regelung des 25. Titels übersehen oder als selbstverständliche Folge der Schadensersatzpflicht angesehen habe.[111]) Daß beide Vorausetzungen nicht möglich seien, weist er dann nach, indem er zeigt, daß bereits genug Material vorgelegen habe, um die Beschäftigung mit der Unterlassungsklage angebracht erscheinen zu lassen.[112]) Außerdem wären sonst die §§ 12, 862, 1004 überflüssig gewesen.[113]) Lau will die Ausdehnung des Unterlassungsanspruchs über die gegenwärtige Gesetzgebung hinaus durch Fortentwicklung der Individualrechtstheorie erreichen, das zu tun sei aber in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers.[114]) Ob er damit dem auch von ihm anerkannten Bedürfnis gerecht werden könnte, ist sehr fraglich, außerdem ist, wie erwähnt, nicht zu vergessen, daß Lau nur die erste Entscheidung kritisierte, die allerdings nicht klar den gegenwärtigen Stand herausstellte.

e) Ebenso wie Lau will auch Oertmann[115]) vorgehen, nämlich im Wege der Erweiterung der Individualrechte durch die Gesetzgebung. Ferner aber versucht er, aus dem geltenden Recht eine Unterlassungsklage abzuleiten, freilich unter den Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen, nämlich bei Verschulden.[116]) Wenn diese gegeben seien, erzeuge das Delikt einen Unterlassungsanspruch nicht neben der Schadensersatzpflicht, sondern als besondere Erscheinungsform derselben. Oertmann trifft drei Unterscheidungen und kommt dann zu dem Ergebnis, daß die Schadenersatzpflicht nur dann eine Unterlassungspflicht enthalte, wenn die unerlaubte Handlung in der Gegenwart andauert, sowohl bei einheitlichen Dauerhandlungen, wie bei einer Mehrheit einzelner Handlungen. Hier bestehe der Schaden in dem eingetretenen Zustand der

111) S. 499.
112) S. 499/500.
113) S. 503.
114) S. 508.
115) in DJZ. 04, 616 ff.
116) S. 621.

Beunruhigung usw. Der Schaden werde durch das zukünftige Unterlassen beseitigt. Das könne der Geschädigte verlangen, dann das folge aus dem Prinzip der Naturalherstellung.[117])

Man sieht, daß bei dieser Begründung Oertmann auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt ist, und auch er dürfte damit kaum dem vorhandenen Bedürfnis abhelfen. Zwar hält er sich am meisten auf dem Boden des geschriebenen Rechts,[118]) aber der Schadensbegriff wird doch etwas sehr ausgedehnt.

Noch weiter geht hierin Lesser.[119]) Er erkennt Oertmanns Weg als richtig an, hält aber das Ergebnis für unbefriedigend, und zwar schreibt er das dem Umstande zu, daß bei Oertmann eine die Ersatzpflicht begründende Handlung nur in einer tätlichen Verletzung gesehen wird. Man könne indessen bereits in einer Androhung eine Verletzung erblicken.[120]) Eine Analogie zum absoluten Recht will Lesser nur hinsichtlich der Voraussetzungen der Verletzung gelten lassen. Ihm kann erst recht der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß sein Weg den Begriff des Schadens zu weit ausdehnt und daher die Subsumtion des Unterlassungsanspruchs unter die Schadensersatzansprüche als nicht ungezwungen erscheint.

f) Enneccerus[121]) begründet die Zulässigkeit der Analogie der §§ 12, 862, 1004 BGB. mit einer für die absoluten Rechte und die rechtlich geschützten Interessen gemeinsamen Verbotsnorm. Bei den absoluten Rechten richte sich das Verbot gegen jede Einwirkung auf das Recht, bei den unerlaubten Handlungen ergebe sich das Verbot aus der Verpflichtung zum Schadensersatz. Aus diesen Verboten trete ein „höheres Prinzip" hervor, das nämlich, die Rechtsordnung zu achten und die Verbote nicht zu übertreten. Dieses Prinzip beschränke sich nicht auf die absoluten Rechte, sondern habe die Bedeutung, daß in jedem Falle

117) S. 622.

118) so mit Recht Lesser, Arch. 38, 112.

119) a.a.O. S. 102 ff.

120) S. 113.

121) § 465 I, diese Ansicht fast aufgegeben in der Bearb. v. Lehmann, 1930, § 242 I 2.

Wiederholungen rechtswidriger Handlungen, die andere schädigen, verhindert werden sollen.

Es muß aber darauf hingewiesen werden, daß bei Eingriffen in ein absolutes Recht doch die Verletzung eines subjektiven Rechts verboten ist. Der aus dem absoluten Recht sich ergebende Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Eingriffe hat also seinen Grund in der Verletzung des subjektiven Rechts selbst, wenn auch ein Eingriff in ein subjektives Recht zugleich ein solcher in das objektive Recht, die Rechtsordnung, ist. Wenn sich dagegen die Begehung einer unerlaubten Handlung nicht gegen ein subjektives Recht richtet, so gründet sich der Unterlassungsanspruch auf ein Verbot der Verletzung des objektiven Rechts, der Rechtsordnung. Enneccerus dehnt also bei analoger Anwendung des Unterlassungsanspruches auf die unerlaubten Handlungen den Anspruch aus der Verletzung eines subjektiven Rechts auf eine Verletzung des objektiven Rechts aus. Ist nun aber ein Eingriff in ein subjektives Recht zugleich ein solcher in die Rechtsordnung, so würde das die Bedeutung haben, daß aus jeder Verletzung der Rechtsordnung ein Unterlassungsanspruch entstehe, was entschieden abzulehnen ist.

g) Hellwig[122]) versucht, eine Unterlassungsklage auf § 259 ZPO. zu gründen. Die Frage, wann ein Unterlassungsanspruch bestehe, sei eine privatrechtliche, davon zu unterscheiden sei die Klagbarkeit. Wenn daher eine Verletzung stattgefunden hat und weitere drohen, so seien für die Frage einer Unterlassungsklage die Einzelvorschriften und die Analogien aus ihnen heran zu ziehen. Aber wenn die erstmalige Verletzung drohe, könne mit § 259 ZPO. geholfen werden.[123]) Die Besorgnis, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, bestehe hier in der Befürchtung, daß er zu dieser Zeit die Unterlassungspflicht nicht erfüllen werde. Zwar gibt Hellwig selber zu, daß die Verfasser dieser Vorschrift an diesen Fall nicht gedacht haben und diese Vorschrift bloß auf positive Leistungen bezogen haben.

---

122) Lehrb § 57 III 4a; System I § 104 II 2.

123) System S. 272.

Man mag allenfalls zugeben können, daß § 259 ZPO. auch auf Unterlassungspflichten angewendet werden kann, dann aber immer nur auf solche aus vertraglichen Schuldverhältnissen. Der Begriff „Leistung" wird nämlich nach der Terminologie des BGB. und der ZPO. immer nur bei vertraglichen Schuldverhältnissen gebraucht, während man sonst den Begriff „Anspruch" verwendet. § 259 ZPO. kann demnach für den quasinegatorischen Unterlassungsanspruch, der ohne Bestehen eines Vertragsverhältnisses als gesetzliche Folge eines Verhaltens gewährt wird, keine Anwendung finden. Ferner ist zu beachten, daß § 259 ZPO. nur die Erfüllung eines Anspruchs sichert, aber nicht die künftige Erfüllung einer Unterlassungspflicht, denn solange einer Unterlassungspflicht nicht zuwidergehandelt wird, ist sie erfüllt, nach einer Zuwiderhandlung aber ist die Erfüllung unmöglich geworden.[124])

h) Man wird zur Gewährung eines Unterlassungsanspruches gegen die Verletzung von Rechtsgütern und rechtlich geschützten Interessen die §§ 12, 862, 1004 BGB. entsprechend anwenden können. Um diese entsprechende Anwendung zu rechtfertigen, wird man folgende Gedanken anführen müssen:

Kennt vielleicht unser Privatrecht Unterlassungsansprüche zum Schutze von Rechtsgütern und rechtlich geschützten Interessen?

Ja, denn das Privatrecht enthält im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Vorschriften z. B. zum Schutz der freien gewerblichen Betätigung (§ 1), gegen die unrichtige Reklame (§ 3), zum Schutz des Geschäftsbetriebes (§ 14) und der gewerblichen Bezeichnungen (§ 16). Diese Vorschriften zum Schutz gewerblicher Rechtsgüter und Interessen sind nicht auf ein absolutes Recht gegründet, denn z. B. am Gewerbebetrieb ist bis jetzt in der Literatur und Rechtsprechung ein absolutes Recht nicht anerkannt, sondern nur ein Recht auf die ungehinderte Fortführung eines bestehenden Gewerbebetriebes.[125])

Diese Vorschriften zeigen, daß dem Privatrecht der Gedanke, Rechtsgüter und rechtlich geschützte Interessen

124) vgl. Flad a. a. O. S. 351.

125) s. RG. 65, 213; 73, 112; 79, 226.

hinsichtlich ihres Schutzes den absoluten Rechten gleich zu behandeln, nicht fremd ist. Es heißt aber keineswegs die für das Privatrecht wesentliche Unterscheidung zwischen absoluten Rechten und bloßen Rechtsgütern oder geschützten Interessen aufheben, wenn man, insoweit unbestreitbar ein Bedürfnis dafür besteht, einen Unterlassungsanspruch wie er im Unl. Wettbew. Ges. normiert ist, auch darüber hinaus für andere Rechtsgüter anerkennt.

Daß diese Vorschriften im Unl. Wettbew. Ges. etwa als Ausnahmevorschriften anzusehen sind, wird durch die Tatsache widerlegt, daß auch im BGB. (§ 862) ein Unterlassungsanspruch anerkannt ist, der sich nicht auf ein absolutes Recht gründet; denn der Besitz als Recht ist ein relatives Recht.[126])

Weiter ist zu beachten, daß der begriffliche Unterschied zwischen absoluten Rechten und Rechtsgütern und rechtlich geschützten Interessen nur in der Art und Weise ihres Rechtsschutzes besteht. Dieser ist bei den absoluten Rechten abhängig von dem Willen des Berechtigten, bei den Rechtsgütern und Interessen dagegen unabhängig von diesem Willen. Es besteht gar nicht ein Gegensatz zwischen beiden Rechtsgruppen in der Art, daß eine entsprechende Anwendung der für die absoluten Rechte geltenden Unterlassungsansprüche auf die Rechtsgüter und rechtlich geschützten Interessen ausgeschlossen ist.

Ferner ist beachtenswert, daß in zahlreichen Fällen Zweifel bestehen, ob ein absolutes Recht oder nur ein Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse vorliegt. So ist z. B. das Recht am eigenen Bilde erst durch § 22 IV des Kunstschutzgesetzes als absolutes Recht anerkannt worden. Man kann aber zweifeln, wie weit dieses Recht reicht und wann nur noch ein rechtlich geschütztes Interesse angenommen werden kann.[127]) Zweifelhaft ist auch, ob ein Recht an der Ehre besteht.[128]) Die Rechtsprechung hat sich genötigt gesehen, den Kreis der absoluten Rechte ständig zu erweitern, und Rechtsgüter und Interessen, die man bisher nicht als absolute Rechte ansah, als solche anerkannt, z. B.

---

126) vgl. Wolff § 3 III; v. Tuhr I S. 208 der Sache nach derselben Ansicht.

127) s. KG in JW 1928, 363.

128) dafür z. B. Lehmann S. 131, dagegen Oertmann § 823, 1 c RG 51, 369; 60, 4.

mit Einschränkungen das Recht am eingerichteten Gewerbebetriebe.[129])

Mag auch die Zulassung der actio quasinegatoria den Unterschied zwischen absolutem Recht und bloß rechtlich geschütztem Interesse in gewissem Grade verwischen, so bedeutet aber doch der Umstand, daß man die Vorausetzungen für die actio negatoria und die actio quasinegatoria gleichsetzt, keineswegs die vollkommene Aufhebung des Gegensatzes zwischen den beiden Rechtsgruppen. Zum Beispiel je nachdem ob ein absolutes oder relatives Recht vorliegt, bestehen für die Entstehung, das Erlöschen, die Übertragung verschiedene Normen.

Damit ist gezeigt, daß die gegen die actio quasinegatoria erhobenen Vorwürfe, es werde durch sie die für das Privatrecht wesentliche Unterscheidung zwischen den absoluten Rechten und den bloßen Rechtsgütern und rechtlich geschützten Interessen aufgehoben, nicht stichhaltig sind. Sie können die Zulassung der actio quasinegatoria nicht verhindern, denn — wie gezeigt wurde — ist ein so wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Rechtsgruppen gar nicht vorhanden und er wird auch gar nicht aufgehoben. Die Rechtsentwicklung zeigt aber auch unstreitig die Tendenz, den Rechtsgütern und rechtlich geschützten Interessen den gleichen Schutz zukommen zu lassen wie den absoluten Rechten.

Aus dieser Anerkennung des quasinegatorischen Unterlassungsanspruches ergibt sich für den Jagdpächter eine Unterlassungsklage, sofern durch die Eingriffe des Grundstückspächters der Tatbestand einer unerlaubten Handlung, abgesehen vom Verschulden, erfüllt ist.

III. An die Feststellung, welche Unterlassungsansprüche für den Jagdpächter in Frage kommen können, soll sich nunmehr die Untersuchung schließen, wann die Voraussetzungen der verschiedenen Ansprüche vorhanden sind.

1. Was zunächst den Unterlassungsanspruch aus der Verletzung des absoluten Aneignungsrechts angeht, so sind sie zu entnehmen aus den Bestimmungen, die die anderen ab-

129) s. RG 65, 213; 73, 112; 79, 226.

soluten Rechte normieren und da vor allem aus dem § 1004. Denn die Einzelfälle sind der negatoria nachgebildet.[1])

a. aa) Erste Voraussetzung ist die objektiv widerrechtliche Beeinträchtigung des Rechts,[2]) also hier des Aneignungsrechts. Wenn z. B. die Rechtsverletzungen innerhalb der Schonzeit stattgefunden haben, so können sich Bedenken ergeben, ob überhaupt ein Aneignungsrecht des Jagdpächters vorhanden ist. Es muß dann erörtert werden, welche Bedeutung den Schonzeiten hinsichtlich des Aneignungsrechts zukommt. Über das Wesen der Schonvorschriften besteht nun keineswegs Einigkeit. Es finden sich drei Ansichten vertreten. Ebner[3]) will keine Art der Schonvorschriften als Aneignungsverbote ansehen. Er begründet das mit dem Zweck der Bestimmungen über den Schutz der verschiedenen Tierarten. Ein erlegtes Tier könne aber dem Wildstande nicht mehr zugeführt werden, also habe die Rechtsfolge, daß es herrenlos bleibe, keinen Sinn.[4]) Er verwirft als unberechtigt auch eine Unterscheidung, wie sie v. Staudinger macht.[5]) Letzterer erkennt zwar den gemeinsamen Zweck aller Schonvorschriften an, unterscheidet aber, ob bestimmte Tierarten ganz oder wenigstens in ihren Jugendstadien geschützt werden. Hinsichtlich der zeitlich beschränkten Schonvorschriften gibt er zwar zu, daß sie unter den Wortlaut des § 958 Abs. 2 BGB. passen, entscheidet sich jedoch dagegen, eben weil die Beschränkung keine dauernde ist.[6])

Endlich halten manche die Schonvorschriften durchweg für Aneignungsverbote.[7])

Eine Stellungnahme in dieser Frage ist gewiß schwierig, namentlich leuchtet nicht recht ein, weshalb ein Aneignungsrecht nicht bestehen und der Jagdberechtigte an dem während der Schonzeit erlegten Wilde Eigentum nicht erwerben soll. Man wird dann zu einer richtigen Entschei-

---

1) RGR. Kom. 7 zu § 1004,
2) Planck IV 2 a zu § 823, v. Staud. 1 zu § 1004.
3) Verw. Arch. XIII S. 538 ff.
4) Seite 544.
5) in Seuff. Bl. 63, 285 ff.
6) S. 293.
7) Cosack-Mitteis § 203 I 3; Wolff § 78 III 1.

dung kommen, wenn man das bloß ordnungswidrige — gegen die Schonvorschriften verstoßende — Jagen von dem unberechtigten — in ein fremdes Jagdrecht widerrechtlich eingreifenden — Jagen streng sondert. Der Jagdberechtigte, der während der Schonzeit jagt, wird nach den Strafbestimmungen wegen der Übertretung der Schonvorschriften bestraft, aber keineswegs aus den §§ 292, 293 StGB.,[8]) und er erwirbt Eigentum auch an dem verbotswidrig während der Schonzeit erlegten Wilde.[9]) Der Jagdberechtigte hat also sein Aneignungsrecht ohne Rücksicht auf die Schonzeit. Daher muß man auch eine Verletzung des Aneignungsrechts ungeachtet der Schonbestimmungen für möglich halten.[10]) Es macht keinen Unterschied, ob die Störungen seitens des Grundstückspächters innerhalb oder außerhalb der Schonzeit erfolgen.

bb) Widerrechtlich ist jedes Verhalten, das von der Rechtsordnung irgendwie mißbilligt wird. Das ist gewöhnlich der Fall, wenn in ein fremdes Recht eingegriffen wird.[11]) Die Widerrechtlichkeit kann jedoch durch Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen sein, d. h., es kann irgendeine Rechtsvorschrift das gewöhnlich als widerrechtlich erscheinende Verhalten gutheißen. Das kann z. B. der Fall sein, wenn der Grundstückspächter die Maßnahmen nur zum Schutze seiner Felder gegen das Wild vorgenommen hat. Als solche rechtfertigende Vorschrift kommt speziell aus dem Jagdrecht der § 65 JO. in Frage. Er gestattet gewisse Maßnahmen zur Wildabwehr. Diese Bestimmung wird mehrfach als überflüssig bezeichnet, seitdem wir das Wildschadensgesetz haben, dessen Bestimmungen jetzt in die Jagdordnung übernommen sind.[12]) Das Abwehrrecht steht jedem Grundstücksbesitzer zu, ungeachtet ob er jagdberechtigt ist oder nicht und ungeachtet der Person des Jagdberechtigten. § 65 gestattet die Abwehr durch Klappern und Schreckbilder, jedoch nicht durch unmittelbare menschliche Einwirkung auf das Wild. Hunde darf der Besitzer gegen Rot-, Dam- und

8) Nagler S. 444; RGStr. 7, 92.
9) so auch Engländer, Diss. S. 36.
10) so auch Nagler S. 444.
11) siehe Ennecc. I 2 § 451 II 1.
12) Dalcke-Delius zu § 65 JO. Bauer An, 1 zu § 65.

Schwarzwild verwenden. Aber auch diese Maßregeln können widerrechtlich sein. Nach § 226 BGB. ist eine Rechtsausübung widerrechtlich, wenn sie ausschließlich den Zweck haben kann, einem anderen zu schaden. Diese Möglichkeit liegt nahe, wenn z. B. diese Abwehrmaßnahmen bei voller Helligkeit, während doch Rotwild usw. nur des Nachts auszutreten pflegt, ergriffen werden. Aber es ist nicht einmal nötig, daß der Tatbestand des § 226 BGB. erfüllt ist. Schon wenn die Maßregeln über die erlaubten Grenzen der Wildabwehr hinausgehen, sind sie widerrechtlich; aus der Art und Weise, wie sie getroffen werden, kann im einzelnen Fall gefolgert werden, daß die Eingriffe des Pächters als nicht durch § 65 JO. gerechtfertigt zu bezeichnen sind.

cc) Es bleibt noch die Berücksichtigung allgemeiner Rechtfertigungsgründe, so der §§ 227—229 BGB. In Frage kann § 228 kommen, wenn z. B. der Grundstückspächter das Wild verscheuchen muß, um seine Felder zu schützen, die unter Wildschaden leiden. § 228 spricht zwar von Zerstörung und Beschädigung einer fremden Sache, hier handelt es sich aber nur um das Verscheuchen des Wildes. In dem Ausdruck „fremde Sache" vermöchte ich kein Hindernis zu sehen, unter ihn kann m. E. auch eine herrenlose Sache gebracht werden, an der ein Aneignungsrecht besteht. Wenn, so könnte man schließen, § 228 zur Zerstörung usw. berechtigt, wievielmehr muß er zu einem so wenig intensiven Eingriff, wie das Wildverscheuchen, berechtigen. Vermag ihn das Landesrecht auszuschließen innerhalb der Vorbehaltsgebiete?

Es ist von Bedeutung für einen solchen Fall, daß verschiedentlich die Ansicht vertreten wird, daß dort, wo es sich nicht um erstattungsfähigen Wildschaden handelt, dieses Abwehrrecht dem Besitzer zustünde.[13]) Wildschaden wird nur dann gewährt, wenn es sich um gemeinschaftliche Jagdbezirke handelt (vgl. § 835 BGB.). Soll also auf Eigenjagdbezirken dem Besitzer dieses Abwehrrecht durchweg in dem Umfange des § 228 zustehen? Das kann nicht der Sinn der Rechtsvorschriften sein. Ein Wildschadensersatz wird in Eigenjagdbezirken deshalb nicht gewährt,

13) RG. in JW. 31, 306 Ebner 4c zu § 65 JO.

weil sich bei eigener Bewirtschaftung und Jagdausübung der Eigentümer ja selbst schützen kann.[14])

Verpachtet er das eine oder andere oder beides, so mag er sich selbst vertraglich sichern und ebenso seine Vertragsgegner. Der oben für gemeinschaftliche Jagdbezirke ausgesprochene Satz kann nicht einfach für Eigenjagdbezirke verwendet werden. Indem das Gesetz in Eigenjagdbezirken keine Schadensersatzansprüche gibt, spricht es die Verpflichtung zur Duldung des Wildschadens aus und macht eine Berufung auf § 228 BGB. unmöglich.

b) Eine zweite Voraussetzung des Unterlassungsanspruches ist Wiederholungsgefahr.

Hierzu genügt keinesfalls eine bloß abstrakte Möglichkeit, denn diese wird fast stets vorliegen, wenn bereits Eingriffe erfolgt sind. Es bedarf vielmehr einer ernstlichen Besorgnis und einer Wahrscheinlichkeit, die sich auf bestimmte Tatsachen gründet.[15]) Diese Voraussetzung hat gewöhnlich der Kläger zu beweisen, es kann sich aber schon aus den Umständen die Gefahr ergeben, dann hat der Beklagte den Ausschluß der Gefahr zu beweisen.

Als Tatsachen, die eine Wiederholungsgefahr als vorhanden erscheinen lassen, können in Frage kommen:

1.) eine mehrfache widerrechtliche Störung, sofern sich darin ein böser Wille kundtut. Selbst wenn der Beklagte ernstlich an ein Recht zu Eingriffen glaubt, kann die Absicht, so zu handeln, als Anzeichen der Wiederholungsgefahr gelten. Wenn auch der Grundstückspächter zwar guten Glauben an sein Recht und bloßen Abwehrwillen vorgibt, so können doch die Umstände auf eine Absicht schließen lassen, den Jagdpächter zu schädigen.

2.) Auch das Verhalten des Beklagten im Prozeß kann von Bedeutung sein,[16]) z. B. wenn er die Rechtswidrigkeit seiner Handlungen bestreitet. Ob er sich durch eine richter-

14) Dalcke-Delius § 13.

15) RG. 78, 212; 96, 245; 98, 40; Planck IV 2 b zu § 823; R.G. 101, 335; JW. 26, 564 Nr 8.

16) Recht 07 Nr. 1248; 09 Nr. 585.

liche Feststellung, was rechtens ist, überzeugen lassen würde, ist fraglich und darf auch gar nicht berücksichtigt werden, weil es sein künftiges Verhalten betrifft.[17])

3.) Ferner muß diese Wiederholungsgefahr zur Zeit des Urteils vorliegen.[18]) Dafür kann es von Bedeutung sein, ob der Rechtsstreit lange nach dem Vornehmen der Beeinträchtigung zur Entscheidung reif ist und in der ganzen Zeit kein Eingriff mehr erfolgt ist, trotzdem sich die gleiche Gelegenheit bot.

Die Wiederholungsgefahr kann daher in einem gegebenen Falle sowohl aus der in den Beeinträchtigungen sich kundtuenden bösen Absicht, sowie aus dem Beharren des Beklagten auf seinem Standpunkte während des Rechtsstreites entnommen werden.

2. Für einen Anspruch aus Rechtsbesitz müssen die gleichen Voraussetzungen wie aus § 862 vorliegen. Einwendungen des Beklagten sind gemäß § 863 statthaft, wenn sie geschehen, um das Vorliegen der verbotenen Eigenmacht zu verneinen. Die Untersuchungen, sowohl über das Vorhandensein rechtswidriger Verletzungen, wie der Wiederholungsgefahr, sind die gleichen wie unter 1. § 866 steht dem Beklagten aus den unter II 4 dargelegten Gründen nicht zur Seite.

3. Es bleibt nun noch ein Unterlassungsanspruch aus der Verletzung eines gesetzlich geschützten Gutes zu untersuchen.

a) Aus § 823 Abs. 1 ist er nicht zu entnehmen, da keines der vier namentlich aufgeführten Rechtsgüter verletzt ist. Die Verletzung eines „sonstigen Rechtes", worunter absolute Rechte zu verstehen sind, ist schon unter 1 behandelt.

b) Es fragt sich, ob ein durch Schutznorm und § 823 Absatz 2 BGB. geschütztes Rechtsgut verletzt ist. Die §§ 292 ff. StGB. schützen die Jagdberechtigung und damit auch die abgeleiteten Rechte des Jagdpächters nur insofern

17) RG. 60, 8.

18) RG. 60, 8 JW. 13, 543; von Staud. 4 d δ zu § 862; 1 a zu § 1004; Planck B IV 2 a zu § 823.

gegen Eingriffe Dritter, als diese keinerlei Handlungen, die sich irgendwie als Jagdausübung darstellen, vornehmen dürfen. Daß auch für den Fall, wo die beeinträchtigende Handlung unter öffentliche Strafe gestellt ist, die Unterlassungsklage gewährt ist, ist oben Seite 50 ausgeführt worden.

c) Schließlich steht noch eine gegen § 826 BGB. verstoßende Verletzung zur Erwägung. Entsteht auch hier ein Unterlassungsanspruch, ohne daß ein Verschulden des Verletzenden vorliegt? Nein. Für eine Unterlassungsklage aus § 826 ist auch das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes, des Verschuldens, erforderlich. Das ergibt sich aus der Überlegung, daß der Schutz des § 826 gegen eine fahrlässige Schädigung, wenn auch diese gegen die guten Sitten verstößt, nicht gegeben wird. Der Schutz richtet sich vielmehr nur sowohl gegen den Schädigungsvorsatz, als auch gegen die Sittenwidrigkeit. Nach dem Wortlaut und Sinn des § 826 gehören Vorsatz und Sittenwidrigkeit in gleichem Maße als wesentliche Merkmale zum Tatbestande der unerlaubten Handlung. Beide gehören untrennbar zusammen, wenn der Tatbestand einer unerlaubten Handlung aus § 826 erfüllt sein soll. Fehlt auch nur eine dieser beiden Merkmale dann liegt eine unerlaubte Handlung nach § 826 gar nicht vor, und in diesem Falle ist auch die Unterlassungsklage aus § 826 zu verweigern.[19])

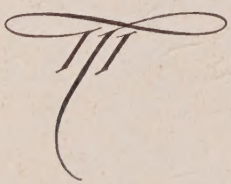
Die Unterlassungsklage aus § 826 kann also nur dann zugelassen werden, wenn eine vorsätzliche Schädigung erfolgt ist, die gegen die guten Sitten verstößt und deren Wiederholung zu befürchten ist.[20])

---

19) ebenso RG. 123, 274.

20) ebenso v. Tuhr § 1 I 2, Oertmann § 826, 5; Eltzbacher S. 121, 176; RGRKom vor § 826, 6 III b; RG 123, 274.

Lebenslauf

Als Sohn des verstorbenen Ingenieurs Friedrich P e c h o und seiner Ehefrau Erna, geb. Kühnel, wurde ich am 25. Dezember 1904 in Teplitz (Böhmen) geboren. Nach dem Besuch des Realgymnasiums zu Senftenberg (Niederlausitz) bestand ich zu Ostern 1924 die Reifeprüfung. Nach Erlangung der preußischen Staatsangehörigkeit studierte ich in München, Breslau und Berlin zunächst Volkswirtschaft und dann Rechtswissenschaft und bestand am 26. Februar 1932 zu Breslau die mündliche Doktorprüfung.

Fritz Pecho.